Die Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikt

nach dem geltenden Strafrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Anton Carl Kuhnigk

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Dem dankbaren Andenken
Meiner Mutter,
Meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0127

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Das Kausalitätsproblem und § 48 RStGB. 1

§ 2. Die Beantwortung der Streitfrage durch Auslegung des § 48 RStGB. 21

§ 3. Das Verhältnis des § 160 RStGB. und des § 20 des Reichsges. betr. das Urheberrecht an Schriftwerken v. 11. 6. 1870 zu § 48 RStGB. 32

§ 4. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 41

§ 5. Die Lehre Loewenheims und ihre innere Berechtigung 42

§ 6. Die Lehre Heilborns und ihre Berechtigung 75

§ 7. Die Möglichkeit der Anstiftung zum fahrlässigen Delikte nach Birkmeyer, Binding, Olshausen, Beling, Hermes und Hälschner 90

§ 8. Die Möglichkeit der Anstiftung zum fahrlässigen Delikte nach Berner, Herzog, v. Wächter, Weinberg und Bintz 113

§ 9. Die Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ist ein logischer Widersinn 119

§ 10. Bemerkungen de lege ferenda 121

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen. 1859.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Beling in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 18 S. 272 ff.

Beling, Strafrechtliche Abhandlungen. Bd. 3: Wille und Erfolg, von Klee. 1898.

Berner, Die Lehre von der Teilnahme. 1847.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 3. 1905.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. 7. Aufl. 1907.

Binding, Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher (Urheber) und der Gehilfe. Im Gerichtssaal Bd. 71 S. 1 ff.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 2. 1871.

Bintz, Die Teilnahme bei fahrlässig begangenen Handlungen. Erlanger Diss. 1895.

Birkmeyer, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang. 1885.

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. 1890.

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft. 1888.

Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht. 1885.

v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. 1860.

v. Buri, Über Kausalität und Teilnahme. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 2 S. 232 ff.

v. Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Im Beilageheft zum Gerichtssaal Bd. 37. 1885.

v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. 1894.

van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. 1891.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. 1909.

Finger, Deutsches Strafrecht. Bd. 1. 1904.

Foinitzky, Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 12 S. 55 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. 1908. (Ausgabe 1897.)

Geßler, Über den Begriff und die Arten des dolus. 1860.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1. Hälfte. 1884.

Glaser, Gesammelte kleinere Schriften. Bd. 1. 1868.

Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage. 1897.

Gretener, Die neuen Horizonte im Strafrecht. 1909.

Häberlin, Grundsätze des Kriminalrechts. Bd. 1. 1845.

Hälschner, System des preußischen Strafrechts. Bd. 1. 1858.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 1. 1881.

Haupt, Beiträge zur Lehre von der Teilnahme. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 202 ff., 569 ff.

Heilborn, Der agent provocateur. 1901.

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1909.

Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Berliner Diss. 1878.

Herzog, Zur Lehre von der Teilnahme nach den §§ 47—50 StGB. In der Allgem. Deutschen Strafrechtszeitung Bd. 11 S. 260 ff., Bd. 12 S. 220 ff.

Herzog, Noch einige Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme. Im Gerichtssaal Bd. 28 S. 320 ff.

Horn, Kausalität und Wirkensbegriff. Im Gerichtssaal Bd. 54 S. 320 ff.

Katzenstein, Der agent provocateur vom Standpunkte des Reichsstrafgesetzbuchs. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 21 S. 374 ff.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. 1890.

Kohler im Archiv für Strafrechtswissenschaft 1904 u. 1908.

Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1855.

Korn, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht. Göttinger Diss. 1902.

v. Kries in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 7.

Langenbeck, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1868.

Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. 1897.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. 1908.

Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 1885.

Loewenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte. Hallische Diss. 1897.

Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte. 1883.

Luden, Abhandlungen aus dem allgemeinen teutschen Strafrechte. Bd. 2. 1840.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

Meyer, Hugo, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1907.

Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. 7. Aufl. 1905.

Oppenhoff-Delius, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 14. Aufl. 1901.

Ortmann, Über Fiktionen des Kausalzusammenhanges in der Lehre von der Teilnahme. Im Gerichtssaal Bd. 28 S. 81 ff.

Otto, Aphorismen zum allgem. Teile des Strafgesetzbuchs. 1873.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1892.

Rubo, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.

Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. 1869.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1884.

Stemann, Gibt es nach preußischem Strafrecht eine Teilnahme an Vergehen aus Fahrlässigkeit? In Goltdammers Archiv Bd. 5 S. 48 ff.

Thyrén, Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie. Bd. 1: Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien. 1897.

v. Wächter, Deutsches Strafrecht. Vorlesungen 1881.

Weinberg, Teilnahme an fahrlässigen Handlungen nach geltendem Recht. Freiburger Diss. 1904.

v. Wick, Über Vorsatz und Absicht. 1866.

Wuttig, Die fahrlässige Teilnahme. Jenaer Diss. 1902.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 15, 17, 20, 22, 23, 25, 29, 30.

Rechtsprechung des Obertribunals. Bei Oppenhoff Bd. 18.

Goltdammers Archiv. Bd. 5, 8, 13, 28.

Gerichtssaal. Bd. 22, 27, 28, 37, 38, 46, 53, 54, 63, 71.

Motive zu dem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. In den Aktenstücken des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1870 Nr. 5.

§ 1.

Das Kausalitätsproblem und § 48 RStGB.

Die Anstiftung ist die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung. Sie stellt sich nach dem Reichsstrafgesetzbuche (§ 48) als eine Art der Teilnahme dar, der schuldhaften Beteiligung an der Tat eines anderen.

Der Begriff der Teilnahme verweist notwendig auf den Begriff der Kausalität, welche das Fundament für die Lehre von der Anstiftung bildet. Grund genug, ihr unsere Aufmerksamkeit zuzuwenden.

Wiewohl von der höchsten Bedeutung, finden wir sie gerade von solchen Autoren stiefmütterlich beiseite geschoben, die aus dem Wesen der Anstiftung Schlüsse ziehen wollen zur Beantwortung entfernterer, spezieller Fragen. Loewenheim,[1]) Korn,[2]) Weinberg[3]) ver-

---

[1]) Kurt Loewenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte, Halle 1897, S. 7.

[2]) Max Korn, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, insbesondere der agent provocateur und der Anstifter bei error in objecto und aberratio ictus, Göttingen 1902, S. 9.

[3]) Siegfried Weinberg, Teilnahme an fahrlässigen Handlungen nach geltendem Rechte, Freiburg 1904, S. 50.

künden die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zwischen der Tätigkeit des Anstifters und der Tat des Angestifteten lediglich als Dogma. Damit haben sie zugleich der Lehre von der Anstiftung das Urteil gesprochen als einer Irrlehre des Reichsstrafgesetzbuchs. Denn woher die Strafe des Anstifters?

Ob Gründe dazu berechtigen, so eilig über die Anstiftungslehre den Stab zu brechen, soll im folgenden erörtert werden.

Kein Ereignis, keine Erscheinung ohne Ursache. Ihr Dasein in ihrer jeweiligen Gestalt hängt von einer unendlichen Zahl von Bedingungen ab. Ursache ist die Summe aller Bedingungen. Dieser philosophische Begriff der Ursache ist vollkommen im Sinne jeder Wissenschaft. Aber mit ihm steht der Mensch zugleich an der Grenze seines Erkennens. Die Erforschung dieser Bedingungen nötigt zu einem regressus in infinitum, die Bedingungen sind vorhanden, aber der Mensch kann sie in ihrer Gesamtheit nie erkennen.

Daraus ergibt sich die Unanwendbarkeit des Begriffs der Ursache in diesem Sinne für die Rechtswissenschaft. „In diesem Millschen Ursachenbegriff ist — was nicht genug hervorgehoben werden kann — der Faktor des Wirkens, der die Wurzel und Seele des vulgären Ursachenbegriffs bildet, einfach über Bord geworfen.“[1])

Es würde zu weit führen, nun alle Theorien, die den philosophischen Ursachenbegriff für die Rechts-

[1]) Horn im Gerichtssaal Bd. 54 S. 323.

wissenschaft anwendbar gestalten wollten, zu prüfen. Aber die Theorie, die leider das Feld der Gegenwart für sich zu erobern scheint, soll beleuchtet werden, zumal sie bei der Stellungnahme der Autoren zu unserer Frage von Wichtigkeit ist.

Es ist die Theorie von Max v. Buri.

Ihre Grundzüge bestehen in folgendem: Ursache eines Ereignisses ist die Summe aller Bedingungen. Alle Bedingungen sind erforderlich, keine auch noch so geringfügige Bedingung darf entfallen, ohne daß mit ihr auch der Erfolg entfällt. Jede Bedingung ist gleichwertig für den Erfolg. Da aber die Bedingungen nur in ihrer Gesamtheit den Erfolg herbeiführen, keine Bedingung aber hinsichtlich des Erfolges vor einer anderen einen Vorzug hat, so ist jede Bedingung Ursache des Erfolges.

Zwei Eigenschaften der Ursache nach v. Buri bringen die Theorie v. Buris zu Fall:

1. die Kraft jeder Ursache;

2. die Gleichwertigkeit jeder Ursache.

Nach v. Buri hat jede einzelne Bedingung nicht die Kraft, daß sie als letztes Glied in die unendliche Kette der bereits kausalen Einzelkräfte durch ihr Hinzutreten den Erfolg verursacht, sondern sie macht nach v. Buri alle übrigen bis dahin toten Einzelkräfte erst lebendig, erst kausal. „Jede Einzelkraft macht alle übrigen Kräfte kausal und zieht sie sonach als ihre

eigenen Kräfte an sich.“[1]) „In dem Zusammentreffen der Einzelkräfte liegt das wechselseitige Empfangen und Verleihen der Kausalität jeder einzelnen bezüglich aller übrigen.“[2])

v. Buris Fehler liegt „in der Verwechslung des Wirkens mit der Wirkung“.[3])

Denn das Uhrwerk war schon kausal, brauchte und konnte nicht erst kausal gemacht werden durch das Schlaggewicht; die elektrische Klingelleitung war schon kausal, brauchte und konnte nicht erst durch die Glocke kausal gemacht werden.

Der zweite Fehler v. Buris ist die Gleichwertigkeit aller Bedingungen.

Daß die Bedingungen im philosophischen Sinne gleichwertig sind, ist ersichtlich. „Daß aber juristisch nicht alle Differenzen gleichbedeutend sind, zeigt sich zur Evidenz in der Notwendigkeit, sehr viele Antezedentien als nicht relevant auszusondern.“[4]) Wenn v. Liszt behauptet: „Wer eine Bedingung zu dem eingetretenen Erfolg gesetzt hat, ist für diesen verantwortlich“, so steht, wie Gretener sagt, jener einfache Satz in

---

[1]) v. Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, im Gerichtssaal 1885 Bd. 37 Beilageheft S. 2.

[2]) v. Buri im Gerichtssaal Bd. 22 S. 5.

[3]) Heilborn, Der agent provocateur S. 44.

[4]) Thyrén, Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie Bd. 1 (1894) S. 30: Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien.

keiner Beziehung zu der von v. Liszt betonten Gefährlichkeit des Verbrechers als Grund und Maß der staatlichen Reaktion; er würde auch das Gebiet der strafrechtlichen Verantwortlichkeit derart ins Uferlose ausdehnen, daß der heutige Rechtszustand mit seinen feinen juristischen Unterscheidungen entschieden den Vorzug verdient.[1])

Sonderbar, daß Wuttig[2]) eine derartige Theorie als die natürlichste und nächstliegende bezeichnet.

Führen schon diese Konsequenzen der v. Burischen Theorie zu deren Unhaltbarkeit, so ist ohnehin durch das Gesetz ausdrücklich anerkannt, daß ihm ein anderer Ursachenbegriff zugrunde liegt. Wir suchen den Ursachenbegriff in der Rechtswissenschaft; was für das Zivilrecht als Ursache gilt, ist demnach Ursache im Strafrecht. Wenn im § 254 BGB. von der Ursache die Rede ist, die vorwiegend einen Schaden herbeiführt, so ist dadurch doch recht deutlich ausgesprochen, daß die Kraft jedes kausalen Faktors nicht eine und dieselbe ist, sondern daß sie je nach dem Urteil menschlichen Könnens, Erkennens und Schätzens rechtlich relevant ersteht, wächst oder schwindet. Eine unverkennbare Sprache redet auch § 830 BGB. gegen die Theorie v. Buris. „Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich." Demnach sind Anstiftung und Beihilfe

[1]) Gretener, Die neuen Horizonte im Strafrecht 1909 S. 89.

[2]) Wuttig, Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen, Jena 1902, S. 33.

eigene Rechtsgebilde, die der Täterschaft hinsichtlich der Ersatzpflicht nur gleichgestellt werden, ohne daß dadurch das Kriterium der Kausalitätsintensität irgendwie berührt würde.

Selbst diejenigen, die der Theorie v. Buris mit allem Eifer angehören, — zu ihnen zählt auch das Reichsgericht — können die Gleichwertigkeit jeder Bedingung als Ursache unmöglich durchführen. Das Meer der Strafen, zu dem diese Theorie naturgemäß führen muß, soll in der Not zurückgedrängt werden durch das subjektive Erfordernis der Vorhersehbarkeit. „Den Maßstab für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit bildet die Erfahrung des täglichen Lebens; auch die unbekannten Einzelheiten des konkreten Kausalverlaufs müssen innerhalb des Rahmens der gewöhnlichen Erfahrung gehalten sein.“ [1]) Das bedeutet ja aber nichts anderes als den Verzicht auf die Gleichwertigkeit jeder Bedingung als Ursache. Denn wir werden bei der Frage des Kausalzusammenhanges, wenn allgemeine menschliche Erfahrung das Urteil spricht, nicht nur die Frage aufzuwerfen und zu beantworten haben: Ist dieser Umstand Ursache oder nicht? sondern mit praktisch ungleich größerer Tragweite vor allem die Frage: Steckt in diesem Umstande volle Ursächlichkeit eines Ereignisses oder ist dieser Umstand nur ein Kausalfaktor für das Ereignis, das in seiner konkreten Gestalt erst durch eine Mehrheit von verschiedenartigen Kausalfaktoren, die wir zusammen

[1]) RGE. Bd. 29 S. 219.

Ursache nennen, — freilich nicht Ursache im oben angedeuteten philosophischen Sinne — herbeigeführt wird? Mit anderen Worten: Welcher Kausalitätsintensitätsgrad steckt in diesem Umstande hinsichtlich eines Ereignisses?

So ist mit der Theorie v. Buris nichts gefördert. Daß der philosophische Ursachenbegriff der allein vollkommene ist, ist uns von neuem zur Erkenntnis gekommen. Von ihm müssen wir wieder ausgehen, aber nur so können wir zu einem praktisch anwendbaren Resultat kommen, daß wir von vornherein verzichten, eine Ursache in jener philosophischen Vollkommenheit zu suchen. Es ist unbedingt notwendig, „daß wir, um eine Erscheinung zu erklären, bei bestimmten Bedingungen Halt machen müssen".[1]) Wir müssen uns damit begnügen, nur nach Kausalität suchen zu können und suchen zu dürfen. Daß wir dies nur können, geht daraus hervor, daß eine Endursache in ihrem empirischen Dasein überhaupt nicht nachweisbar ist. Daß wir dies dürfen, folgt aus dem Rechte als einer Wissenschaft, die sich nicht in philosophischen Problemen konzentriert, sondern eine Norm für menschliche Verhältnisse ist und demgemäß ihre Begriffe der Erfahrung des täglichen Lebens anzupassen hat. „Wenn wir nach der Ursache oder der Verursachung eines gegebenen Ereignisses fragen, so handelt es sich für uns einerseits niemals

[1]) Liepmann, Einleitung in das Strafrecht 1897 S. 50.

darum, über das unermeßliche und unerforschliche Ganze aller Bedingungen, von welchem dasselbe abhing, Auskunft zu erhalten, und andererseits auch niemals darum, auf irgendeine einzelne, gleichviel welche Bedingung, hingewiesen zu werden. Dem zugrunde liegenden Interesse ist vielmehr stets nur mit Aufhellung ganz bestimmter Bedingungen gedient",[1]) nur dann, „wenn die realiter gegebenen Voraussetzungen wir bestimmen können, aus denen die Wirklichkeit eines Vorganges für unser Denken notwendig folgt".[2]) Und ist das vorliegende Bedürfnis nach Aufklärung befriedigt oder vermag der menschliche Verstand eine weitere nicht zu geben, so ist die Untersuchung zu Ende. Das ist der Gedanke des Strafrechts. „Spricht das Gesetz von Verursachung, so ist dieser Ausdruck ebensowenig technisch zu nehmen, wie wenn Buri die Bedingung eine Ursache nennt."[3])

Wenn aber nach dem Strafgesetzbuche jede Bedingung gleichwertig sein soll, woher leitet dann die sogen. Erfolgshaftung[4]) ihre Berechtigung her? Die

---

[1]) Merkel, Lehrb. des deutschen Strafrechts 1889 S. 109; ebenso Thyrén a. a. O. S. 24; Haupt, Zeitschr. Bd. 15 S. 573, Beiträge zur Lehre von der Teilnahme.

[2]) Liepmann a. a. O. S. 52.

[3]) Heilborn a. a. O. S. 44.

[4]) §§ 118, 178, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307, 309, 312, 314—316, 321—329, 340 StGB.

unwiderlegbare Präsumtion der Schuld nach Loening[1]) wird nur zu oft zu einer widerlegbaren Präsumtion Loenings. Selbst wenn das Strafgesetzbuch die Verantwortlichkeit für den schwereren Erfolg nur da statuiert, wo schon das vorsätzliche Delikt, aus welchem sich der schwerere Erfolg entwickelt hat, eine Tendenz auf diesen Erfolg hin besitzt, so muß diese Tendenz nach dem Fundamentalsatz v. Buris: „Jede Bedingung ist Ursache“ doch nicht gegeben sein. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit fordert Wuttig[2]) für das Vorliegen einer solchen Tendenz. Die Theorie der adäquaten Verursachung erscheint also als Helfer in der Not. Nun mit Wahrscheinlichkeit sollte aber die Theorie v. Buris nicht operieren; damit gerät sie unwillkürlich in die Strömung des vulgären Ursachenbegriffs. Es soll doch gerade die Unverkennbarkeit der einzelnen Bedingung als Ursache der Vorzug dieser Theorie gegenüber der mit Erfahrung und Wahrscheinlichkeit individuell rechnenden vulgären Theorie sein.

Des weiteren soll die strenge Sonderung von Ursache und Schuld der Vorzug der Theorie v. Buris sein.

1. Wenn v. Buri seinen Satz aufrechthält: „Jede Bedingung ist Ursache“, dann ist eine Sonderung von Kausalität und Schuld schlüssig. Aber was bedeutet Ursache in diesem Satze? Ein Rückgehen auf irgend-

[1]) Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht 1885 S. 30.

[2]) Wuttig a. a. O. S. 42.

einen Grund des Ereignisses, mag er groß oder klein, fern oder nah sein. Entlegenheit und Winzigkeit einer Bedingung ist gleichgültig. Unendlich schwerwiegend müßte demnach der Inhalt menschlicher Tätigkeit sein, da sie stets Ursache wäre. Die Ursache des Strafrechts trägt die Präsumtion der Verschuldung in sich. Wer verursacht hat, der ist in den weitaus meisten Fällen auch schuldig. Auf die Größe der Schuld kann nichts ankommen bei der Frage nach der Bestrafung überhaupt, diese könnte höchstens das Strafmaß modifizieren.

2. Wenn aber, wie es tatsächlich der Fall ist, die Theorie v. Buris Erfahrung und Lebenswahrheit in der Auswahl der Bedingungen als Ursachen walten läßt, dann ist die gerühmte Sonderung von Schuld und Ursache vielleicht noch denkbar, aber weit eher verboten als geboten. Denn das menschliche Denken ist ein Feind eines jeden Mechanismus, der in der Aufstellung der Bedingungen als Ursachen bestände, falls der subjektiven Seite des Verursachers, der Verschuldung, die erst eine strafrechtlich erhebliche Ursache schafft, keine Beachtung zugewendet wird. Der menschliche Geist ist eine Kraft, deren Reflexionsgabe eine Kombinationsgabe ist. Nur nach Schuld fragt unser Geist, mehr fragt er nicht und hat er nicht zu fragen; denn Schuld ist eine Reflexionseinheit, die Kausalität in sich schließt. So ist die im menschlichen Denken begründete Verknüpfung von Verursachung und Verschuldung kein Fehler, im Gegenteil, eine durchaus glückliche

Eigenschaft des praktisch brauchbaren Ursachenbegriffs. Das zeigt sich deutlich an der Erfolgshaftung. Wenn man den Begriff der Ursache annimmt, der Lebenserfahrung und Lebenswahrheit individuell würdigt, dann schwindet auch die Erfolgshaftung mit jenem altertümlichen, in dem Rahmen eines modernen, die Individualität stark betonenden Strafrechts sonderlich anmutenden Gewande, daß sie eine Haftung ohne Schuld bedeute. Hier, d. h. wenn Verursachung und Verschuldung eine im menschlichen Geiste wurzelnde Reflexionseinheit bilden, reicht freilich die unwiderlegbare Präsumtion der Schuld ihre Hand der Kausalität und beide machen, was sonst ein Dogma bliebe, zur erkennbaren Wahrheit: Nur Schuld heischt Strafe.

Woher der Begriff der Anstiftung, wenn jede Bedingung Ursache ist? Woher die akzessorische Natur der Anstiftung? Alles Fehler des Gesetzes?

Im Sinne des Strafgesetzbuchs ist nur das Ursache, was der Erfahrung und der natürlichen praktischen Anschauung gemäß den Erfolg nach unserem Denken herbeiführt. „Auf die Rechnung des betreffenden Faktors setzen wir als von ihm verursacht alles, was durch sein Hinzutreten zu den von uns vorausgesetzten Wirksamkeiten verständlich wird.“ [1]) Und „will man der Rechtswissenschaft dann die Berechtigung absprechen, das

[1]) Merkel a. a. O. S. 110, 111. Die Entscheidung des von v. Buri (1885 S. 42) angeführten Beispiels ist unrichtig. Hierzu vgl. Kohler im Arch. f. Strafrecht 51. Jahrg. 1904 S. 334, 335.

Wort Ursache in den Mund zu nehmen, so setze man ein anderes an die Stelle. Gewonnen wird dadurch nicht viel". [1])

Wo gilt nun diese Kausalität? Nur da, wo wir töten, verletzen, beschädigen, oder auch da, wo wir den Willen eines Menschen verderben, reizen, bestimmen? Ist Kausalität nur vorhanden bei äußerem, physischem Einwirken oder auch bei innerem, psychischem Einwirken? So einstimmig die Kausalität der physischen Einwirkung anerkannt wird, so lebhaft wird die Kausalität der psychischen Einwirkung bestritten, ein Streit, mit dessen Entscheiduug § 48 StGB. steht oder fällt.

Determinismus und Indeterminismus spielen bei dieser Frage hinein. Freilich sind beides Weltanschauungen, deren Richtigkeit sich nicht beweisen läßt. Aber es liegt ein Wahrheitselement in beiden Hypothesen, das auch der Gesetzgeber nicht verkennen darf und nicht verkannt hat.

Der Determinismus, dessen Fundamentalanschauung die absolute Unfreiheit des menschlichen Willens ist, kann eine Kausalität der psychischen Einwirkung nicht leugnen, denn auch sie ist ein Faktor, der die Unfreiheit bedingt. Freilich stellt sich nach ihm das menschliche Handeln und Wollen als reiner Kausalverlauf dar, als rein mechanische Naturalkausalität, eine Auffassung, die wegen einer solchen Übertragung der Äquivalenz zwischen

[1]) Heilborn a. a. O. S. 47.

Ursache und Wirkung auf das psychische Gebiet unerträglich ist, denn der Wille des Menschen ist hier kein Wille mehr.[1]) Der Wille des Menschen ist hier nichts als eine „Naturkraft, deren Wirksamkeit natürlich wie bei jeder anderen Naturkraft verursacht werden kann".[2])

Der Indeterminismus hingegen verkündet die souveräne, selbstherrliche Freiheit des menschlichen Willens. Der Wille ist frei in unbeschränktem Maße. „Von einem Kausalitätsverhältnisse ist jedoch in der Sphäre der Freiheit nie die Rede."[3]) Eine Kausalität des Anstifters für den Entschluß des Täters — denn von einem Angestifteten können wir hier nicht sprechen — unterbricht der freie Wille des Täters.[4])

Jeder wirkliche Mensch hat freien Willen, er kann den Willen nur selbst bestimmen. Frei bleibt dieser Wille auch gegenüber einem äußeren Ereignis wie

---

[1]) vgl. Gretener, Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage 1897 S. 83—85; ebenso Horn im Gerichtssaal Bd. 63 S. 169.

[2]) Ortmann im Gerichtssaal Bd. 28 S. 83.

[3]) Köstlin, System des deutschen Strafrechts Allgem. Teil 1855 S. 300.

[4]) Beling, Lehre vom Verbrechen 1906 S. 391 Anm. 2; v. Buri, Beitr. zur Theorie des Strafrechts und zum StGB. S. 410; Finger, Lehrb. des deutschen Strafrechts Bd. 1 1904 S. 345 Anm. 444; Frank, Das StGB. für das Deutsche Reich Aufl. 1897 § 48 Abs. 1 und Abschn. 5: Teilnahme; vgl. hingegen seine 5./7. Aufl. 1908 S. 20, 21, 90; Korn a. a. O. S. 9; Liepmann S. 76; v. Liszt, Lehrb. des deutschen Strafrechts 16./17. Aufl. S. 128, 215; Loewenheim S. 7; Weinberg S. 50.

gegenüber einem psychischen Einwirken. Aber diese Freiheit ist nicht eine Freiheit im Sinne jenes extremen Indeterminismus, der in Wahrheit ein absoluter Indifferentismus ist, sondern eine psychologische Freiheit des Willens, welche eine Freiheit des Willens im Wählen bedeutet. Was haben wir für einen Grund zu beten: Und führe uns nicht in Versuchung, wenn ein Kampf, ein Widerstehen nicht in Frage kommt? Wozu achten wir einen Charakter, Unentwegtheit als Vorzüge, wenn sie folgerichtig die notwendige Begabung jedes Menschen bilden? Warum fliehen wir böse Menschen, wenn wir von ihnen nichts zu fürchten haben? Fühlen wir uns noch immer als jener Fels, an dem die Wogen des Lebens sich brechen? Das Leben sollte uns fürwahr eines Richtigeren belehrt haben.

Jedes wahre Wollen wurzelt in Motiven. „Der Wille wird dadurch zur Tätigkeit aufgerufen, daß das Subjekt irgendein Bedürfnis empfindet, welches es befriedigen möchte. Die Befriedigung dieses Bedürfnisses ist das Motiv“,[1]) „ein zum Siege über seine Nebenbuhler gelangter Reiz zu einer Handlung“.[2]) Daß Motive erweckt werden können, lehrt uns jeder Tag der Erfahrung. Keineswegs aber sind die Hervorrufung von Motiven und die Willensfreiheit einander ausschließende

[1]) Berner, Lehrb. des deutschen Strafrechts 18. Aufl. 1898 S. 124.

[2]) Binding, Die Normen und ihre Übertretung Bd. 2 1877 S. 8.

Begriffe.[1]) Nicht die Fähigkeit, dem Willen eine unabwendbare Richtung zu geben, ist der Bestimmbarkeit des Willens durch Motive eigen, — denn der Mensch bleibt nach wie vor der Einwirkung sein eigener Herr — wohl aber die Fähigkeit, den Willen nach einer bestimmten Richtung hin zu verlocken, zu reizen, die Selbstherrlichkeit menschlicher Willensfreiheit zu erschüttern, ohne sie zu stürzen.

Das ist wahrer, vernünftiger Indeterminismus, wie er der „sinnlich-vernünftigen Natur“[2]) des Menschen entspricht und nach Gretener[3]) seine letzte Begründung findet „im menschlichen Gewissen, in der absoluten Forderung des Guten, die sinnlos wird, wenn dem Sollen nicht irgendwie ein Können entspricht“. Jener nur mit dem Mantel des Indeterminismus gedeckte Indifferentismus ist ein Feind des Strafrechts, der an den Grundpfeilern rüttelt. Denn „eine Freiheit von allen und jeden Beweggründen würde in der Tat den einzelnen Willensakt als ein zufälliges Ereignis im psychischen Leben des einzelnen erscheinen lassen und damit auch auf jede Erforschung der Bedingungen und Anlässe

---

[1]) Eigenartig erscheint die Stellung Belings, der Indeterminismus und psychische Kausalität als einander nicht entgegenstehende Begriffe anerkennt, aber dem StGB. die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges unterlegt.

[2]) Gretener, Horizonte S. 51.

[3]) Gretener, Zurechnungsfähigkeit S. 91, 92.

menschlichen Handelns als gegenstandslos Verzicht leisten müssen".[1]) Mit Recht hebt Mittelstädt hervor, daß der Streit über Willensfreiheit im Strafrechte zwischen mißgebildeter These und Antithese unersprießlich hin und her schwanke.[2])

Willensfreiheit ist auch für den Indeterminismus nur die Fähigkeit des menschlichen Geistes, „rein aus sich heraus eine Entscheidung zwischen mehreren ihm als möglich vorschwebenden Verhaltungsweisen zu treffen",[3]) nur die Freiheit, „daß die Psyche (das selbstbewußte Ichsubjekt) den Anreizen und Eindrücken, die in ihr auftauchen, die beurteilende und bewertende Reflexion gegenüberzustellen und von da aus eine Wahlentscheidung zu treffen vermag".[4])

Hat jener extreme Determinismus, der in Wahrheit Fatalismus ist, keinen Grund, von der Anstiftung als einer Schuldform, keinen Grund, von einem Strafrechte des Staates zu reden, so hat dieser extreme Indeterminismus, unter dessen Hülle sich der absolute Indifferentismus versteckt, keine Berechtigung, von der Anstiftung überhaupt zu sprechen.

In der Mitte liegt die Wahrheit, im relativen Indeterminismus.[5]) Er ist der Standpunkt des Reichsstraf-

[1]) Gretener, Horizonte S. 51.

[2]) Gerichtssaal Bd. 46 S. 391.

[3]) Bierling, Juristische Prinzipienlehre 1905 Bd. 3 S. 256.

[4]) Horn im Gerichtssaal Bd. 63 S. 169.

[5]) Gretener, Zurechnungsfähigkeit S. 89.

gesetzbuchs. Nur er kann eine Bestrafung des Anstifters in § 48 StGB. überhaupt und eine Bestrafung als Anstifter in der besonderen Schuldform der Anstiftung erklären.

Daß die psychische Einwirkung eine Kausalität ist, haben wir nunmehr dargelegt, die Ansicht v. Buris, der Kausalverlauf sei unter Ausschluß der psychischen Vorgänge „das bloße Ineinandergreifen von Tatsachen",[1]) als irrig zurückgewiesen. Es bleibt nun noch zu erörtern, ob die psychische Kausalität der Naturalkausalität gleichgestellt werden darf.

Eine eigene Stellung nahm Frank bis vor kurzem in dieser Frage ein. Wiewohl Frank in der Auflage von 1897[2]) die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges feststellte, erklärte er, die Anstiftung sei mit dem Erfolge durch das Band der psychischen Kausalität verknüpft, die, mag sie auch eine Kausalität sein, doch nicht mit der physischen auf eine Stufe gestellt werden dürfe. Neuerdings hat Frank seine Ansicht in dem hier vertretenen Sinne korrigiert.[3])

Freilich bestehen Unterschiede zwischen der physischen und der psychischen Kausalität, sowohl in ihrem Wirken wie in ihrer Wirkung:

Die psychische Kausalität ist ein Seelenprozeß, ein Akt der geistigen Innenwelt, die physische Kausalität

---

[1]) v. Buri, Kausalität 1885 S. 2.

[2]) Frank § 48 I Abschn. 5 (Teilnahme), § 1 V, 2.

[3]) Frank 5.—7. Aufl. S. 20ff., 90ff.

eine Naturalkausalität, ein Akt in der körperlichen Außenwelt.

Der physische Urheber kennt den Erfolg, denn er setzt die Kräfte des Naturalkausalismus selbst in Bewegung. So weit der Wille, so weit der Erfolg.

Wie ganz anders der psychische Urheber! Dunkel herrscht darüber, ob der Same, den der Anstiftende in die Brust des Anzustiftenden gesät, überhaupt aufgehen werde. Darüber entscheidet das Vorstellungs- und Gefühlsleben des Täters. „Damit ist zugleich ausgesprochen, daß der Angestiftete aus seinem Eigenen etwas hinzugefügt hat, dessen wirkende Kraft der Anstifter erhoffen, aber nicht erzeugen oder berechnen konnte. Und dieses Eigene des Angestifteten ist die Hauptsache. Von ihm hängt in letzter Linie die Wirksamkeit der Anstiftung ab.“ [1])

Dunkel herrscht aber auch darüber, welche Frucht dieser Same tragen wird, wenn er aufgegangen ist. Der freie menschliche Wille ist eine „inkommensurable, der Vorausberechnung sich entziehende Größe“.[2]) Denn nicht jene bloße äquivalente Transformation der Ursachen in Wirkungen ist das Gesetz des psychischen Lebens, vielmehr herrscht hier „das Gesetz des Wachstums, das in der psychischen Welt wahrhafte, wenn

[1]) Heilborn a. a. O. S. 79 u. 65.

[2]) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 1 1888 S. 396.

auch bedingte Neubildungen hervorbringt".[1]) Wir haben einen „schöpferischen Faktor"[2]) im Seelenprozeß.

Wie dem aber auch sei, ob über das Wirken des psychischen Einwirkens Dunkel herrscht, ob die Wirkung des Einwirkens je nach dem Grade der Vorstellungs- und Gefühlsintensität eine extensive oder restriktive ist, alles das darf uns nicht beirren an dem Festhalten der Wahrheit, daß die psychische Einwirkung eine Kausalität ist, die man der physischen, „ohne mit den Vorstellungen und Bedürfnissen des Lebens in Konflikt zu geraten, ruhig gleichstellen kann".[3])

Selbst wenn wir auf unsere Frage eine Antwort im Sinne der früheren Auffassung Franks gäben, so bliebe die psychische Einwirkung doch eine Kausalität, die wir auch in diesem Falle als eine strafrechtlich relevante bezeichnen müßten. Das lehren die §§ 49 a, 85, 110, 111. Im übrigen haben wir keinen Grund, eine Gleichwertigkeit der psychischen Kausalität mit der physischen Kausalität zu fordern. Denn „auch für den eigentlichen Kausalnexus wird nicht eine solche Ursache gefordert, welche für sich allein, ohne begünstigender Nebenumstände zu bedürfen und ohne durch hindernde vereitelt werden zu können, unvermeidlich einen bestimmten Erfolg herbeiführt; es genügt,

[1]) Gretener, Zurechnungsfähigkeit S. 83.

[2]) Horn im Gerichtssaal Bd. 53 S. 74.

[3]) Glaser, Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Zivil- und Strafprozeß Bd. 1 1868 S. 112.

daß der Erfolg, sowie er eingetreten ist, auf jene Ursache zurückzuführen und nur durch sie zu erklären ist".[1])

Demnach erhalten wir als Ergebnis: Die Tätigkeit des Anstifters ist nach § 48 RStGB. kausal für den Erfolg, die Tat. Nicht in der Weise, daß der Anstifter die Ursache für den Erfolg setzt, wohl aber in dem Sinne, daß in dem Verhalten des Anstifters eine Teilursache[2]) oder Mitursache[3]) des Erfolges erblickt werden muß.

Wenn wir uns nun zum Schlusse dieses Abschnitts fragen, wie es zu erklären ist, daß eine so große Zahl zum Teil hervorragender Juristen zum entgegengesetzten Resultate kommt, so liegt das weniger an dem extremindeterministischen Standpunkte des § 48 RStGB. — denn das sind auch bei unseren Gegnern nur Worte[4]) —, als vielmehr daran, daß sie sich sträuben, dem Einwirken des Anstifters das Prädikat einer Ursache zu erteilen. Und damit kommen wir auf ihren Kardinalfehler: Unsere Gegner lesen den Kausalitätsbegriff nicht aus dem Strafgesetzbuche heraus, sondern sie tragen ihren Ursachenbegriff ins Strafgesetzbuch hinein und verwickeln sich dadurch in ein Knäuel von

---

[1]) Glaser a. a. O. S. 112.

[2]) Gretener, Zurechnungsfähigkeit S. 94.

[3]) Heilborn S. 75.

[4]) v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung 1860 S. 28, 29; v. Buri in der Zeitschr. Bd. 2 S. 272.

Widersprüchen, das sie, wie sich im Laufe der Darstellung zur Genüge zeigen dürfte, auch nur annähernd zu lösen nicht imstande sind. Sehr richtig bemerkt Frank[1]: „Es war ein methodischer Fehler v. Buris, daß er seine Theorie in die Teilnahmelehre hineintrug, anstatt sie durch diese zu berichtigen".

Wer aber, wie Liepmann,[2] sich deshalb dagegen sträubt, die Anstiftung als Verursachung des Erfolges aufzufassen, weil die Tätigkeit des Anstifters bereits abgeschlossen ist, ehe der Täter mit der Ausführung der Tat beginnt, der argumentiert wirklich recht äußerlich und kurzsichtig. Denn das Bindeglied zwischen Anstiftung und Tat ist der Wille des Anzustiftenden. Indem aber der Anstifter für den Willensentschluß des Anzustiftenden kausal geworden ist, ist er es selbstverständlich auch für den Ausfluß des Willens, die Tat, mag diese beginnen, — was anders gar nicht gedacht werden kann — wo die Tätigkeit des Anstifters endet.

§ 2.

Die Beantwortung der Streitfrage durch Auslegung des § 48 RStGB.

Wir kommen nunmehr zur Behandlung unserer Frage: Kennt das heutige Strafrecht eine Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikt?

---

[1]) Frank a. a. O. S. 20.

[2]) Liepmann a. a. O. S. 76, 77.

I. Das Nächstliegende ist es, daß wir versuchen, eine Antwort aus dem Texte des Gesetzes zu entnehmen.

§ 48 StGB. lautet: „Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat."

Der § 48 spricht nur von einem vorsätzlichen Bestimmen zu strafbaren Handlungen im allgemeinen, scheint äußerlich im Sinne derer die Frage zu lösen, welche sie bejahen. Da § 48 aber nur das vorsätzliche Bestimmen zur begangenen strafbaren Handlung bestraft, der Vorsatz jedoch ein Verhältnis zum Erfolge bedeutet, werden wir uns mit dem Vorsatze des Anstifters zu beschäftigen haben.

Unter Vorsatz verstehen wir das Wollen oder Vorstellen des Erfolges einer bewußten Körperbewegung, je nachdem wir die Willens- oder Vorstellungstheorie anwenden.

Doch spielt diese Unterscheidung in die beiden Theorien für unsere Erörterung eine nebensächliche

Rolle, nicht, weil es sich, wie Loewenheim[1]) bemerkt, um den Umfang des besonderen Anstiftervorsatzes handelt, — denn es ist nicht einzusehen, warum der doch nur qualitativ verschiedene Anstifterdolus auch quantitativ ein anderer sein sollte als der dolus im allgemeinen, — wohl aber deshalb, weil in beiden Theorien der Erfolg der Anstiftung ein und derselbe bleibt, und es uns bei Behandlung unserer Frage nur auf den Erfolg der Anstiftung ankommt. Von dem Umfange dieses Erfolges hängt die Lösung unserer Frage ab. Ob dieser Erfolg dann wieder gewollt oder gar bloß vorgestellt sein muß, das ist eine Frage für sich, sie hat zunächst auszuscheiden. Im übrigen werden wir im Laufe der Darstellung Gelegenheit finden, auch zum Streite dieser Theorien kurz Stellung zu nehmen.

Daß der Begriff des Vorsatzes das Bewußtsein der eigenen Körperbewegung in sich trägt, ist selbstverständlich, denn dieses Bewußtsein bildet erst die Brücke zum Erfolge, selbstverständlich auch deshalb, weil tatsächliche Erscheinungen menschlicher Tätigkeit ohne das Wissen von dieser Tätigkeit für das Recht als irrelevante Zufälligkeiten angesehen werden müßten (§ 51 StGB.).

Was ist denn nun der Erfolg der Anstiftung?

Das Bestimmtsein eines anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung, so lautet die Antwort aus dem Gesetze.

[1]) Loewenheim a. a. O. S. 17.

Die von dem anderen begangene strafbare Handlung ist die Tat dieses anderen. Und so ergibt sich als Erfolg der Anstiftung: das Bestimmtsein eines anderen zur strafbaren Tat. Der Anstifter aber, der vorsätzlich zu einer strafbaren Tat bestimmt hat, muß einen auf diese Tat gerichteten Willen, eine Vorstellung dieser Tat in sich bergen, denn weil er die Tat will oder diese sich vorstellt, bestimmt er zur Tat.

Der Vorsatz des Anstifters umfaßt demnach die Tat, zu welcher dieser den Angestifteten bestimmt hat.

Daraus ergibt sich die Unmöglichkeit einer Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikte nach dem Reichsstrafgesetzbuche. Denn der Inhalt des Vorsatzes kann eine fahrlässige Handlung nicht sein, niemand kann eine Fahrlässigkeit wollen, d. h. wollen im strafrechtlichen Sinne, das etwas anderes ist als ein bloßes Wünschen, Erhoffen, Begehren.

Wenn unsere Gegner, soweit sie überhaupt die gesetzliche Bestimmung des § 48 zur Entscheidung unserer Kontroverse heranziehen, zu einem anderen Ergebnisse kommen, so kann es uns nicht schwer fallen, ihre Fehltritte aufzudecken, da wir schrittweise, aber sicher den Weg der Interpretation des § 48 gegangen sind.

Die Gedankenfolge unserer Gegner ist diese: Nach § 48 RStGB. ist Anstifter derjenige, welcher einen anderen zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat. Anstiftung ist also (?) die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zum (?) Ver-

brechen, d. h. die Tätigkeit, durch welche in dem Anzustiftenden der Entschluß, das Verbrechen zu begehen, hervorgerufen werden soll. Folglich (!?) stellt einzig und allein die Hervorrufung dieses verbrecherischen (sic!!) Entschlusses in dem Angestifteten den Erfolg der Anstiftung dar. So Loewenheim S. 18, fast wörtlich Weinberg S. 48.

Man könnte meinen, das müsse so sein, so groß ist die Entschiedenheit Loewenheims, aber nicht minder groß ist seine Willkür:

Es kann nicht als schlüssig bezeichnet werden, aus einem in sich abgeschlossenen, vollendeten Begriffe einen werdenden, noch in der Entwicklung stehenden Begriff zu folgern. Das tut aber Loewenheim, wenn er aus der begangenen strafbaren Handlung des § 48 RStGB. ein Verbrechen im Sinne eines zu begehenden Verbrechens folgert. Und schließlich verzichtet Loewenheim ganz auf den Inhalt dieses Bestimmens. Das ist freilich erklärlich, weil dieser Inhalt, wenn er dem Gesetze gemäß dargelegt wäre, die Anschauung Loewenheims anzuzweifeln nötigen würde. Daher auch die Ängstlichkeit Loewenheims und Weinbergs in ihrer ganzen Darstellung, mit der sie den Text des § 48 StGB. in autokratischen Umschreibungen und Klauseln geschickt und zielbewußt umgehen.

Das ist der Fehler unserer Gegner, daß sie Begriffe zerreißen und ihren ganzen Nachdruck auf

Worte legen, die nur einen Teil dieser Begriffsverkörperung darstellen, daß sie ihre ganze Kraft konzentrieren auf das Bestimmen des § 48 StGB., daß sie aber die Worte „zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung", die doch erst einen einheitlichen Begriff schaffen, überhaupt nicht oder in nur verkümmerter — wie Loewenheim es tut in Form des selbstverständlichen, farblosen Attributs „verbrecherisch" — oder willkürlicher Weise höchst unangemessen berücksichtigen. Um unseren Vorwurf der Willkür noch mehr zu erhärten, sei auf Weinberg[1]) hingewiesen.

Weinberg will uns durch einen „Beweis" von der Richtigkeit seiner Ansicht überzeugen. Zu diesem Zwecke stellt er eine Reihe von Paragraphen zusammen und verfährt mit diesen, wie es uns gestattet sei, mit zweien zu verfahren.

Weinberg sagt:

§ 211 (Mord): „Wer vorsätzlich . . . einen Menschen tötet, wird . . . bestraft".

Erfolg: Der Tod eines Menschen.

§ 48: „Wer einen anderen . . . vorsätzlich bestimmt hat, wird . . . bestraft".

Erfolg???

Nun geht Weinberg ernstlich mit sich zu Rate und fragt sich: „Sollte es nicht naheliegen, auch hier in Analogie mit den bisher angeführten und beliebig zu

---

[1]) Weinberg a. a. O. S. 48, 49.

vermehrenden Beispielen zu antworten: Die Bestimmung eines andern? Ich glaube ja!“

Abgesehen davon, daß Weinberg diesen unseligen Mechanismus, der in Wahrheit eine gefälschte Wiedergabe des § 48 ist, eine Analogie nennt, sei auf das Bedenkliche seiner „Beweisführung“ hingewiesen. Gegen den Erfolg des § 211 ist nichts einzuwenden, denn die den Erfolg des Todes bedingenden Begriffsmerkmale sind vorhanden. Aber mit demselben Unrechte, mit dem Weinberg bei § 48 halbe Begriffe in die Welt stellt und aus diesen einen richtigen, ganzen Erfolg schließen will, hätte er in § 211 auch sagen sollen: Wer tötet, wird bestraft, und damit das Objekt der Tötung als irrelevant hinstellen sollen.

Wir können seinen „Beweis“ damit verlassen, finden es aber merkwürdig, daß gerade dieser Autor wie kein anderer unermüdlich sich immer wieder die objektive Wahrheit vor die Seele führt (S. 41 u. 47): Wir dürfen das Fundament des Strafgesetzbuchs nicht unter den Füßen verlieren, nicht um eine Haaresbreite von ihm abweichen!

Wir sehen die Spitze unserer Gegner. Sie werden einwenden, das „begangen“ des § 48 habe nur den Zweck, darzutun, daß die Anstiftung ihre Strafbarkeit aus der Tat entlehne.

Sie haben nicht unrecht. Das „begangen“ des § 48 kann solches besagen, bildet aber nicht den einzigen Anker dafür. Denn Abs. 2 des § 48 beweist durch

seine Sprechweise der Wirklichkeit, der Tatsächlichkeit vollauf. Hätte die Anstiftung eigene Strafbarkeit, so hätte § 48 Abs. 2 in der Sprechweise der Eventualität gehalten sein müssen und hätte lauten müssen: Die Strafe des Anstifters ist nach dem Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung finden würde, zu welcher er wissentlich angestiftet hat; und auch die Auffassung der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft erhält durch Abs. 2 ihren Todesstoß. Doch dies nur zur Auslegung. Denn selbst wenn das „begangen" des § 48 eine Auslegung im Sinne unserer Gegner bezweckte, wäre dieser Zweck des Gesetzgebers nur eine Anleitung zur Auslegung. Der Inhalt des Gesetzes löst sich von den Zwecken und Motiven des Gesetzgebers los und ist nur so auszulegen, wie er vernünftigerweise ausgelegt werden kann. Glücklich das Gesetz, das mit wenig Worten eine Fülle der Gedanken verbindet!

Eine Verkennung der unselbständigen Natur der Anstiftung brauchte der Gesetzgeber also auch ohne das „begangen" des Abs. 1 nicht zu befürchten. Wenn trotzdem die schwerfällige Wendung „bestimmen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung" angewendet ist, so ist es unverständlich, wie unsere Gegner sich zu einer anderen Auslegung verstehen. Es hätte doch viel eleganter geklungen: „Wer einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt, wird bestraft". Oder wenn die Schwerfälligkeit der Vorzug eines Gesetzes sein soll, wäre es

doch, falls eine Auslegung im Sinne unserer Gegner Inhalt des Gesetzes sein sollte, geboten gewesen, denjenigen als Anstifter zu strafen, der einen anderen zu der von demselben zu begehenden strafbaren Handlung bestimmt hat. Und ein Autor unterbreitet tatsächlich den Sinn eines zu begehenden Verbrechens dem begangenen Verbrechen der lex lata. Es ist Borchert.[1]) Nach ihm wird nichts weiter gefordert, als daß der Anstifter in dem Angestifteten den Willen zur Begehung einer demnächst auch begangenen strafbaren Handlung hervorgerufen habe. Freilich: Legt ihr's nicht aus, so legt ihr's unter. Daß vollendete Begriffe keine werdenden sind, genügt, die Ansicht Borcherts zurückzuweisen.

Borchert nimmt in der ganzen Anstiftungslehre eine eigenartige Stellung ein. Seine Gegnerschaft ist recht ungefährlich. Borcherts mannigfache Erklärungen des Anstifterdolus sind derart gehalten, daß er mit Fug von beiden Meinungen als der ihrige in Anspruch genommen werden kann. Es ist zum Schluß tatsächlich durchaus unklar, mit welcher Definition Borchert es nun wirklich ernst meint. Ganz unserer Ansicht ist er, wenn er den Anstifter so bestrafen will, wie wenn dieser selbst Täter derjenigen Handlungen wäre, welche sich als die seinem Vorsatze entsprechende Folge seiner anstiftenden Tätigkeit darstelle (S. 76, 68).

[1]) Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter S. 69.

Ganz im Lager unserer Feinde ist vollends Borchert, wenn er den agent provocateur straft, weil er den Willen zur vollendeten Begehung der Tat in dem Täter vorsätzlich hervorgerufen habe, ein Mehreres aber in subjektiver Beziehung von dem Anstifter nicht verlangt werde (S. 57).

Sollte Borchert wirklich Anhänger der Gegner sein, so wird er diesen wieder untreu, wenn er sagt (S. 55): „Wo dagegen der Erfolg notwendig ist, um überhaupt erst einen strafbaren Tatbestand zu schaffen, kann die Verjährung auch erst mit dem Augenblicke des eingetretenen Erfolges ihren Anfang nehmen".

II. Schreiten wir nun zur Auslegung des § 48 Abs. 2, so fällt uns das Wörtchen „wissentlich" ins Auge, unscheinbar und doch gedankenschwer zum Nachteile unserer Gegner.

1. Das „wissentlich" des § 48 Abs. 2 bedeutet mehr als das bloße Bewußtsein eigener Körperbewegung. Wir gehen freilich nicht so weit, zu behaupten, Wissen und Wollen seien im Grunde nur zwei Vorstellungen oder gar nur zwei Ausdrücke für eine und dieselbe geistige Tätigkeit,[1]) obwohl sich für die Berechtigung einer solchen Anschauung manches anführen ließe, aber wir behaupten folgendes: „Wer wissentlich zu einer Handlung angestiftet hat, wer also den Eintritt eines künftigen Ereignisses gefördert hat, dessen Wissen ist nicht ein bloßes Wissen

[1]) Bierling a. a. O. S. 91.

dessen, daß er gefördert hat, sondern in dessen Wissen steckt ein Wollen dessen, was er gefördert hat, ein Wollen der Tat".

2. Durch das Wort „wissentlich" soll der Anstifter vor der Haftung für den Exzeß des Täters gesichert werden.[1]) Muß das als richtig zugestanden werden, so ist damit zugleich eingeräumt, daß § 48 nur eine Anstiftung zum vorsätzlichen Delikte straft; denn von einem Exzeß kann nur da die Rede sein, wo Vorsatz vorhanden ist. Ein Exzeß der Fahrlässigkeit ist ein logisches Unding.

3. Daß der Anstifter kausal auch für den Exzeß des vorsätzlichen Täters ist, dürfte zweifellos sein. Denn der Exzeß ist eine Sondererscheinung der psychischen Kausalität, eine Bestätigung des Gesetzes des Wachstums der Energie. Wer Wind säet, wird Sturm ernten. Wenn das Gesetz den Anstifter aber für diesen Exzeß nicht verantwortlich macht, so kann der Grund dafür nur in dem Mangel des Willens des Anstifters hinsichtlich dieses Exzesses liegen. Erst rechtswidriger Wille und bewußtes, kausales Verhalten begründet die Schuld hinsichtlich eines Erfolges. „Schuld ist der Wille eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit." [2]) Der Anstifter wird also vom Gesetze nur dafür

[1]) Motive zu dem StGB. für den Nordd. Bund (in den Aktenstücken des Reichstags des Nordd. Bundes 1870 Nr. 5) S. 54 Sp. 2.

[2]) Binding, Normen Bd. 2 S. 102; ebenso Binding, Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher (Urheber) und der Gehilfe, im Gerichtssaal Bd. 71 S. 18.

bestraft, was er gewollt und kausiert hat. Da aber nach § 48 Abs. 2 der Anstifter wegen der Handlung bestraft wird, zu welcher er wissentlich angestiftet hat, so muß er diese strafbare Handlung gewollt haben. Sein Wissen ist gleich dem Wollen der Tat, sein Vorsatz umfaßt die Tat.

Sollten unsere Gegner noch an ihrer Interpretation des § 48 Abs. 1 festhalten und, wie sie es bisher getan, § 48 Abs. 2 völlig ignorieren, so schüfen sie mit der Anstiftung zum fahrlässigen Delikte aus § 48 Abs. 1 tatsächlich ein Kuriosum des Strafrechts.

Die Anstiftung zum fahrlässigen Delikt — ein Delikt des Reichsstrafgesetzbuchs ohne Strafe!

§ 3.

Das Verhältnis des § 160 RStGB. und des § 20 RG. betr. das Urheberrecht an Schriftwerken v. 11. 6. 1870[1]) zu § 48 RStGB.

I. Sogar positive Gesetzesbestimmungen, so führen unsere Gegner aus, gewährten eine Anerkennung der durch § 48 StGB. geschaffenen Anstiftung zum fahrlässigen Delikte.

Zunächst berufen sie sich auf § 160 StGB., welcher lautet:

---

[1]) Die Geltung der Bestimmungen §§ 18—36, 38 des Ges. von 1870 ist aufrechterhalten durch das Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst v. 19. 6. 1901.

„Wer einen anderen zur Ableistung eines falschen Eides verleitet, wird . . . bestraft".

Als ein besonders wichtiger Fall, so führt Bintz[1]) aus, sei die „Anstiftung" zum Falscheide besonders zum Ausdruck gebracht worden.

Dagegen wenden wir ein: Wenn eine Anstiftung zum fahrlässigen Delikte schon durch § 48 für möglich erklärt sein soll, wozu bemüht sich der Gesetzgeber noch, eine Probe dafür zu liefern! Ein Gesetz hat nicht den Zweck eines Kataloges. Es muß der Wissenschaft überlassen bleiben, was unter bestimmte allgemeine Begriffe zu stellen ist.

Daß ein besonders wichtiger Fall, wie Bintz meint, in Frage steht, soll nicht geleugnet werden. Doch wenn dieser Gesichtspunkt der Intention des Gesetzgebers untergelegt werden soll, das Strafgesetzbuch kennt noch erheblich wichtigere Fälle. Die Heiligkeit des Eides ist gewiß ein Grundpfeiler jedes Rechts, wichtiger aber muß noch die Heiligkeit des Menschenlebens sein, für das in letzter Linie alles Recht gilt. Eine „Anstiftung" zum Falscheide kann ein Menschenleben fordern, eine Verleitung zum Töten fordert es. Unter dem Obwalten solcher Rücksichten hätte der Gesetzgeber weit eher gesagt: „Wer verleitet, einen anderen zu töten, wird bestraft".

Doch fassen wir die durch § 160 StGB. selbst ge-

[1]) Bintz, Die Teilnahme bei fahrlässig begangenen Handlungen, Erlangen 1895, S. 32.

botene Eigenart ins Auge. Warum stellt das Gesetz in § 48 das Bestimmen zur Tat unter Strafe, in § 160 das Verleiten zum Falscheide?

Das Gesetz verfolgt nicht das Ziel, ein sprachliches Meisterstück zu sein, ein klingendes, gefälliges Wortspiel zu sein, das einer Variierung der Ausdrücke bedarf. Denn Ausdrücke verkörpern Begriffe, Begriffe decken sich aber so schwer, daß wir mit Ruhe behaupten können, sie decken sich nie.

„Die Vielheit der technischen Ausdrücke zur Bezeichnung einer und derselben Sache ist nun aber, in jeder Wissenschaft ein Übelstand. Sie heben die Bestimmtheit und Präzision wieder auf, die durch Einführung von Kunstwörtern erzielt werden soll. Der Verlust eines solchen Überflusses kann für die Wissenschaft nur Gewinn sein.“ [1])

Diese Mahnung Berners richtet sich an die Wissenschaft, um wieviel mehr muß sie ein Leitstern des Gesetzgebers sein, der seine Sätze der Wissenschaft zur Auslegung übergibt.

Wenn Bintz die Identifizierung der Begriffe „Verleiten“ und „Bestimmen“ in dem Sprachgebrauche gerechtfertigt wissen will,[2]) so verweisen wir auf das

[1]) Berner, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen 1847 S. 269.

[2]) Unrichtig v. Kries, Zeitschr. Bd. 7 S. 535, der hinsichtlich des § 141 StGB. Verleiten zum Desertieren als Anstiftung auffaßt; unrichtig auch Berner, Lehrb. S. 164 d, ein Verleiten zum

Sprachgefühl. Der Sprachgebrauch haftet am Sprachgebiete und ist als solcher nicht feststehend.[1]) Gerade der Sprachgebrauch ohne Sprachgefühl ist u. E. zu einem erheblichen Teile mit Schuld daran, daß überhaupt der Gedanke einer Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ins Leben treten konnte.

Aber wir fühlen, es liegt ein Unterschied in diesen beiden Begriffen: wer bestimmt, der trägt neue, seine eigenen Ideen in die Seele dessen hinein, den er bestimmen will; und waren diese Ideen schon bei dem Anzustiftenden vorhanden, so bleibt unsere Erklärung immer noch subjektiv, hinsichtlich des Anstiftenden, richtig. Wer hingegen verleitet, der benutzt eine Idee, einen Hang, vielleicht gar eine Leidenschaft, die als Erzeugnisse höchst eigener Veranlagung schon in dem zu Verleitenden vorhanden sind. „Wer als Anstifter gestraft werden soll, muß intensiver auf den Willen des Angestifteten eingewirkt haben als der Verleiter auf den Willen des Verleiteten.“[2]) Wer verleitet, der

---

Begriff der Anstiftung genüge, weil Verleiten nur eine Art des Bestimmens sei.

[1]) So z. B. hat das Wörtchen „bald“ in Schlesien den Sinn von sofort, sogleich; in Ostpreußen den Sinn von alsbald, nächstens, später.

[2]) Goltdammers Arch. f. Strafrecht Bd. 28 S. 231; ebenda: „Das vorsätzliche Handeln des Anstifters muß von solcher Intensität sein, daß es geeignet ist, zu bestimmen; für die Strafbarkeit des Verleiters reicht jedes derartige vorsätzliche Handeln aus, welches bezweckt, zu veranlassen“. Freilich gilt dies speziell

entfaltet nicht jenes Maß der Bosheit, wie jener, der zum Verbrechen bestimmt, kurz, „Bestimmen“ ist ein Plus gegenüber dem „Verleiten“, das sich eher als intellektuelle Beihilfe auffassen ließe.

Da also die Begriffe „Verleiten“ und „Bestimmen“ nicht identisch sind, kann § 160 StGB. nicht als Spezialfall des § 48 StGB. angesehen werden.

Auch das Reichsgericht hat § 160 als ein delictum sui generis erklärt.[1])

Die Unrichtigkeit der Meinung unserer Gegner weist Bruck[2]) auch noch auf anderem Wege nach. § 160 entfaltet zwei selbständige Delikte: der Verleitete begehe ein kulposes Verbrechen, der Verleitende einen Betrug, freilich ohne die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen: käme diese Absicht noch hinzu, so sei ein wahrer Betrug vorhanden; da sie aber fehle, so habe der Gesetzgeber eine eigene Norm schaffen müssen: § 160 StGB. sei ein Sonderdelikt.

Schließlich sei auch noch auf die Geschichte des § 48 StGB. hingewiesen, dem § 34 preuß. StGB. zugrunde liegt. Nach diesem wird als Anstifter bestraft, wer einen anderen zu einem Verbrechen oder Vergehen angereizt, verleitet oder bestimmt hat. Wenn

für §§ 159 u. 48 StGB., doch ist auch hierin eine Anerkennung der hier vertretenen Anschauungen enthalten.

[1]) RGE. Bd. 23 S. 175.

[2]) Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit 1885 S. 114, 115.

aber das Reichsstrafgesetzbuch nur den Begriff des „Bestimmens“ für die Anstiftung gewählt hat, so ist dies kein Zufall, kein Würfelspiel, sondern die Folge der richtigen Erkenntnis der verschiedenen psychischen Intensitätsgrade dieser Begriffe gegenüber dem „Bestimmen“.

Nunmehr sollen die Folgen aus der Existenz und der Beschaffenheit des § 160 StGB. von uns gezogen werden:

Es läßt sich nicht leugnen, der Gesetzgeber wollte durch § 160 StGB. das unter Strafe stellen, was die Gegenmeinung schon durch § 48 StGB. mit Strafe bedroht sieht, die „Anstiftung“ zum fahrlässigen Delikte. Das folgt erstens aus der Existenz des § 160, der sonst keine Berechtigung zukäme, zweitens aus der Verwendung des dem Begriffe des „Bestimmens“ verwandten Begriffes „Verleiten“. Aber der Gesetzgeber sah im Unterschied zu unseren Gegnern die Schranke, welche ihm die Gesetze der Logik auferlegten. Ein vorsätzliches Bestimmen zur fahrlässigen Tat dünkte ihm mit Recht ein logischer Widersinn.[1]) Jene fein nuancierte psychische Verschiedenheit des „Verleitens“ vom „Bestimmen“ sollte deshalb ermöglichen, was die Logik mit eherner Hand verbot, sollte dem nahekommen, was unsere Gegnerschaft im Widerspruch mit der Logik und dem Gesetze schon durch § 48 StGB. für gegeben erachtet.

[1]) Hierüber s. unten.

Wir können nun unseren Gegnern nicht nur das Recht absprechen, § 160 StGB. für ihre Meinung ins Feld zu führen, sondern wir stellen § 160 StGB. gegen diese auf als ein unzweideutiges Argument für unsere Anschauung, die Unmöglichkeit der Anstiftung zum fahrlässigen Delikte nach dem Reichsstrafgesetzbuche.

II. Auf eine zweite gesetzliche Bestimmung beruft man sich. Es ist § 20 des Reichsgesetzes betr. das Urheberrecht an Schriftwerken v. 11. 6. 1870[1]) (Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst v. 19. 6. 1901).

§ 20 des Reichsgesetzes lautet: „Wer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einen anderen zur Veranstaltung eines Nachdrucks veranlaßt, hat die im § 18 festgesetzte Strafe verwirkt und ist den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger zu entschädigen verpflichtet, und zwar selbst dann, wenn der Veranstalter des Nachdrucks nicht strafbar oder ersatzverbindlich sein sollte.

Hat der Veranstalter des Nachdrucks ebenfalls vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit gehandelt, so haften beide solidarisch."

[1]) Ebenso § 16 des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste v. 9. 1. 1876; § 9 des Gesetzes betr. den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung v. 10. 1. 1876; § 14 des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen v. 11. 1. 1876. In diesen drei Fällen findet § 20 des Reichsgesetzes entsprechende Anwendung.

Sehr viele[1]) sehen in § 20 des Reichsgesetzes eine bloße Form der Anstiftung. Hälschner hingegen ist ausgesprochen der Ansicht, dieser § 20 beziehe sich nur auf den Fall der vorsätzlichen Anstiftung zu einer als fahrlässig strafbaren Handlung.[2])

Daß beide Meinungen unrichtig sind, daß § 20 des Reichsgesetzes nicht den leisesten Anklang an § 48 RStGB. enthält, infolgedessen auch nicht als Anstiftung bezeichnet werden darf,[3]) geschweige denn als eine Sanktion der Anstiftung zum fahrlässigen Delikte, sollen folgende Unterschiede des § 20 des Reichsgesetzes von § 48 RStGB. dartun.

Es gibt nur einen Begriff der Anstiftung in § 48 RStGB. Sollte die Meinung unserer Gegner zutreffen, so hätten wir zwei Arten der Anstiftung. Denn:

1. § 48 straft nur den vorsätzlichen Anstifter, § 20 des Reichsgesetzes den, der vorsätzlich oder fahrlässig veranlaßt hat.

2. Die unter Strafe gestellte Tätigkeit des Anstifters ist das „Bestimmen“ zur Tat, § 20 des Reichsgesetzes straft das „Veranlassen“ zum Nachdruck.

Bestimmen und Veranlassen sind aber verschiedene

---

[1]) Borchert a. a. O. S. 67; Bruck a. a. O. S. 113; v. Liszt a. a. O. S. 223 Anm. 2; Oppenhoff, Komm. z. RStGB. 14. Aufl. 1901 zu § 48 Nr. 20; Stenglein im Gerichtssaal Bd. 38 S. 18/19.

[2]) Hälschner a. a. O. Bd. 1 S. 396 Anm. 1.

[3]) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts 1890 S. 134.

Begriffe. Bestimmen ist eine bewußte und in ihrem Ziele gewollte, von dem Bestimmten als solche erkannte notwendig psychische Einwirkung. Veranlassen kann jedes sowohl unbewußte als auch in seinen Folgen ungewollte bloß äußere Verhalten, mithin nicht notwendig ein psychisches Einwirken sein. Ist aber das Veranlassen ein psychisches Einwirken, so bleibt es in dem Grade der Intensität hinter dem Bestimmen erheblich zurück. In keinem Falle braucht der Veranlaßte von dem Verhalten des Veranlassers oder der Veranlassung überhaupt Kenntnis haben.

Wir können uns der Ansicht Meyers nicht anschließen, welcher sagt:

„Veranlassung ist ein weiterer Begriff als die Anstiftung, da sie die vorsätzliche wie die fahrlässige Bestimmung zur vorsätzlichen oder auch zur fahrlässigen Veranstaltung einer Nachbildung umfaßt“.[1])

Unter den Begriff des Veranlassens fällt allerdings auch das Bestimmen, aber nicht im Sinne Meyers, daß das Veranlassen auch gleich dem Bestimmen ist oder gar noch mehr. Wer bestimmt, der veranlaßt; aber es bestimmt nicht, wer veranlaßt. „Der Begriff des Veranlassens ist zu weit, um das Wesen der Anstiftung zu erklären.“[2])

3. Indem das Nachdruckgesetz die Strafbarkeit des

---

[1]) Hugo Meyer, Lehrb. des deutschen Strafrechts 6. Aufl. 1907 S. 525 Anm. 15.

[2]) Heilborn a. a. O. S. 69.

Veranlassers ausdrücklich nicht davon abhängig macht, daß der Veranstalter sich strafbar gemacht habe, hat dasselbe die Strafbarkeit des Veranlassers von den Erfordernissen des § 48 RStGB. losgelöst und dem in § 20 des Reichsgesetzes aufgestellten Tatbestande den Charakter eines Sonderdeliktes beigelegt.[1])

§ 4.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat in einer Reihe von Entscheidungen[2]) die Unmöglichkeit der Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ausgesprochen.

Eine interessante Frage bildet die Anstiftung zu den sogen. Formaldelikten, interessant insofern, als die höchstrichterliche Praxis alle Auffassungen, die hierbei nur irgendwie denkbar waren, in kurzer Aufeinanderfolge vertreten hat.

Wir können die Ansicht nicht billigen, eine Anstiftung zum vorsätzlichen Formaldelikte[3]) sei unmöglich, weil das Formaldelikt tatbestandlich das Requisit des Vorsatzes nicht enthalte.

Ein Formaldelikt will doch nur so viel besagen, daß es in jedem Falle vorhanden ist, gleichgültig ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt. Wenn aber Vorsatz vorliegt, so ist nicht zu ergründen, weshalb der Vorsatz

[1]) RGE. Bd. 30 S. 295, Bd. 29 S. 445.

[2]) RGE. Bd. 22 S. 429, Bd. 23 S. 175, Bd. 30 S. 296.

[3]) RGE. Bd. 25 S. 38 (Stempelsteuerdefraudation).

nicht beachtet werden soll, weshalb eine Anstiftung nicht möglich sein soll. Dadurch, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit beim Formaldelikte als gleichgültig für den Tatbestand erklärt sind, ist doch nicht zugleich auch erklärt, ein Formaldelikt könne nicht vorsätzlich begangen werden.

Das Reichsgericht hat in diesem Sinne in einem Falle des Erbschaftssteuergesetzes dann auch entschieden.[1])

Aber auch die Ansicht hat das Reichsgericht vertreten, daß eine Anstiftung zu Formaldelikten in jedem Falle, auch im Falle der fahrlässigen Verübung des Formaldeliktes, anzunehmen sei, weil lediglich die Kausalität entscheide.[2])

Es ist nicht zu verstehen, wie ein Formaldelikt den Anlaß geben soll, sich mit dem Wesen der Anstiftung in Widerspruch zu setzen. Die Kausalität ist das wichtigste Stück aus dem Wesen der Anstiftung, aber nicht das einzige Stück. Es ist willkürlich, einen bloßen Kausalzusammenhang als Anstiftung zu konstruieren.

§ 5.

Die Lehre Loewenheims und ihre innere Berechtigung.

Wenn Loewenheim Unterbrechung des Kausalzusammenhanges in seiner Weise annimmt und dann

[1]) RGE. Bd. 22 S. 427.

[2]) RGE. Bd. 17 S. 1, Bd. 25 S. 11.

zu dem Ergebnisse kommt, der Vorsatz des Anstifters umfasse nur das Bestimmen des Anzustiftenden, so muß diese Folgerung als schlüssig anerkannt werden, abgesehen davon natürlich, daß Loewenheim für seine Person von falscher Grundlage ausgegangen ist. Denn für die Vertreter dieser Ansicht bildet die Anstiftung eben ein Delikt mit selbständigem Erfolge.

Wenn aber v. Liszt[1]) und in offenbarer Anlehnung an ihn Korn[2]) ebenfalls Unterbrechung des Kausalzusammenhanges annehmen, trotzdem aber den Vorsatz des Anstifters auf die Tat erstreckt wissen wollen, so liegt u. E. darin eine logische Ungereimtheit. Freilich können wir die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges und den Vorsatz des Anstifters, der die Tat umfaßt, nicht als sich direkt ausschließende Begriffe bezeichnen. Das scheint die Eigenart der psychischen Kausalität nicht zu gestatten. Denn nach der Einwirkung auf den Willen des Anzustiftenden lebt die Vorstellung, der Wille der Tat, nur in dem Gedanken des Anstifters fort. Und dieses Fortleben des Wollens der Tat erscheint nicht mehr als kausal für die Tat. Aber in jedem Falle zeiht v. Liszt den Gesetzgeber einer höchst zweifelhaften, bedenklichen Logik.

Wenn der Gesetzgeber die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges postuliert hätte, so hätte er doch auch jede weitere Beziehung des anstifterischen Ver-

[1]) v. Liszt a. a. O. S. 128, 215, 224.

[2]) Korn a. a. O. S. 9, 11.

haltens, welches eben in dem Einwirken auf den Anzustiftenden seinen eigenen Erfolg hätte, aufheben müssen; denn dazu wird der Kausalzusammenhang unterbrochen. Das verlangt die Logik. Es ist der Zweck nicht einzusehen, ja es erscheint unerträglich, daß der Anstifter, der mit seiner Tätigkeit zu dem Erfolge des Bestimmtseins des Angestifteten, der Tat, in keinem rechtlich relevanten Verhältnisse steht, sondern einen eigenen von der Tat völlig unabhängigen Erfolg gezeitigt hat, nun auch nur in seinen Gedanken mit der Tat strafrechtlich relevant in Verbindung gesetzt werden soll, ohne daß er durch diesen nunmehr geforderten geistigen Konnex kausal für die Tat werden kann. Ein solches geistiges Verhältnis zur Tat besagt in strafrechtlichem Sinne überhaupt nichts, ein solches Wollen der Tat existiert für das Strafrecht überhaupt nicht, es bleibt ein Phantasiegebilde im Kopfe des „Anstifters" ohne jegliche Beziehung zur Außenwelt, ein höchstpersönliches Wünschen oder Begehren. v. Liszt scheint sich dieses logischen Salto mortale nicht bewußt geworden zu sein. Aber sicher würde nach v. Liszt der Gesetzgeber auch hier einen Fehler gemacht haben, wie bereits die Strafe des Anstifters nach v. Liszt[1]) eine Folgewidrigkeit des Gesetzgebers ist.

I. Für alle die, welche die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges annehmen, erscheint die Tat notwendig als Bedingung der Anstiftung.

[1]) v. Liszt a. a. O. S. 215.

Daß die Tat eine Bedingung der Strafbarkeit der Anstiftung nicht ist, ergibt sich rein äußerlich aus der Fassung des § 48. Man mag das ganze Strafgesetzbuch durchgehen, eine zweite derartige „Bedingung“ finden wir nicht. Überall sind Bedingungen kenntlich, und hätte der Gesetzgeber sie in der Haupttat erblickt, so hätte er dies auch in § 48 RStGB. klar zum Ausdrucke gebracht. Mit Recht weist Katzenstein auf Art. 34 des thüring. Gesetzbuchs hin, wo es heißt: Wer einen anderen . . . zu einer strafbaren Handlung bestimmt, ist, wenn es zu deren Ausführung gekommen ist, als gleicher Teilnehmer (Anstifter) zu bestrafen.[1])

Im übrigen scheint die Auffassung der Haupttat als einer Bedingung auch rein äußerlich keine glückliche. Sie würde auch rein äußerlich eine Unterschätzung der Tat als Hauptsache bedeuten. Es erschiene schließlich die Anstiftung, wiewohl akzessorisch, als die Hauptsache. Solange wir aber das, was nach unserem Empfinden eine Unterschätzung wäre, nicht in der dazu erforderlichen Form ausgedrückt finden, haben wir das anzunehmen, was die gegebene Form und das Denken erfordern. Unser Denken aber verlangt, daß eine Hauptsache auch als Hauptsache ausgedrückt wird; die Form des § 48 StGB. steht unserem Denken nicht entgegen, auch in diesem ist die Tat als Hauptsache ausgedrückt.

---

[1]) Katzenstein, Der agent provocateur vom Standpunkte des RStGB., in Zeitschr. Bd. 21 S. 374 ff.

Demgemäß ist die Tat ein Begriffsmerkmal des Anstiftervorsatzes.

II. Aber weit deutlicher als diese Äußerlichkeiten spricht die Unmöglichkeit der Konstruktion einer Strafe des Anstifters auf seiten der Gegner.

Selbst Birkmeyer kann uns mit seiner Rechtfertigung der Bestrafung des Anstifters nicht voll befriedigen.

Nach Birkmeyer[1]) setzt der Anstifter eine „Bedingung der Selbstbestimmung zur Handlung", erscheint also richtig als Teilnehmer an der Tat. Die wirksamste[2]) Bedingung, die Ursache, ist der Täter. Von einem Verursachen des Anstifters kann nicht die Rede sein.[3]) Wohl aber räumt Birkmeyer der Anstiftung einen „kausalen Charakter"[4]) ein, der sich in der Erzeugung eines Teils des Erfolges äußere.

Daß der Anstifter nach der Kausaltheorie Birkmeyers, die den Bedürfnissen des Lebens im großen und ganzen genügen dürfte, gestraft wird, ist gerechtfertigt, denn er ist kausal für die Tat. Obwohl Birkmeyer in subjektiver Hinsicht den Anstifter richtig würdigt, wenn er von der dreifachen Schuld[5]) spricht: hinsichtlich des

---

[1]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme S. 116/17.

[2]) Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang 1888 S. 17.

[3]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme S. 122.

[4]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme S. 130.

[5]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme S. 127.

Gesamterfolges, hinsichtlich seiner eigenen Tätigkeit für den Erfolg, hinsichtlich der Mitwirksamkeit der anderen, so kann uns Birkmeyers Kausaltheorie doch nicht ganz die gleiche Strafe des nur „kausalen“ Anstifters mit dem „verursachenden“ Täter erklären, da der Anstifter eben nur für einen Teil des Erfolges kausal geworden ist.

Der „kausale Charakter“ der Anstiftung nach Birkmeyer scheint uns zu schwach, um mit der Ursache auch nur annähernd gleichgestellt werden zu können, und die Ergänzung der Kausalität[1]) durch die Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges scheint uns deshalb zu künstlich, als daß sie dem Gesetzgeber zugrunde gelegen haben soll.

Daß aber Birkmeyers Theorie ganz entschieden den Vorzug vor der v. Burischen Theorie verdient, zeigt sich vollends darin, daß die Anhänger der Theorie v. Buris

1. den Begriff der Anstiftung als Teilnahme überhaupt verwerfen müssen,

2. dementsprechend eine Bestrafung des Anstifters als Anstifter als ein Rätsel auffassen müssen.

So ist es zu verstehen, daß unsere Gegner in ihrer Gesamtheit den heiklen Punkt der Strafe des Anstifters unerörtert lassen, da sie doch nie eine auch nur halbwegs genügende Antwort geben könnten.

---

[1]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme S. 126.

Nur Korn[1]) und Loewenheim[2]) haben sich über diesen schwierigen Punkt ernstere Gedanken gemacht.

Korn geht von der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges aus und zitiert folgenden Passus der Motive:

> „Das Gerechtigkeitsgefühl nicht minder wird für denjenigen, der den Gedanken der Tat geboren, und zwar zur Ausführung derselben sich oft nur aus verächtlichen Motiven eines anderen bedient, in der Regel dieselbe Strafe fordern wie für den letzteren".

So weit die Motive.

Dazu bemerkt Korn: „Gegen diesen Satz wird sich wenig einwenden lassen".

Höchst seltsam! Entweder fällt Korns Kausalitätsbegriff oder Korn nimmt diesen Satz zurück.

Doch Korn[3]) geht noch weiter, er bezeichnet diese Stelle der Motive als das wichtigste Argument dafür, daß der Kausalzusammenhang unterbrochen sei, und lebt in dem Glauben, die Motive brächten eine Rechtfertigung der Bestrafung des Anstifters, nach welcher ja auch Korn sucht.

Das ist eine Selbsttäuschung, ein Mißverstehen der Motive durch Korn. Nicht die Ansicht Korns, die

[1]) Korn a. a. O. S. 18.

[2]) Loewenheim a. a. O. S. 15.

[3]) Korn a. a. O. S. 17.

Motive wollten die Bestrafung des Anstifters überhaupt rechtfertigen, kann aus den Motiven entnommen werden, Denn daß gestraft wird, ist doch nach dem Text eine feststehende Sache. Nur darum, wie gestraft werden. soll, um die Höhe der Strafe handelt es sich in den Motiven. Wenn die Motive jemanden strafen wollen, der sich eines anderen bedient, — wie sich die Motive wörtlich ausdrücken, — so könnte man schon eher auf den Gedanken intellektueller Urheberschaft kommen, als auf eine angeblich hierdurch anerkannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. Im übrigen dürfte die Rechtfertigung einer Bestrafung überhaupt durch das bloße Gerechtigkeitsgefühl ohne eine positive Rechtsverletzung eine ungenügende sein; das Gerechtigkeitsgefühl ist als Gefühl individuell, es ändert sich mit dem Menschen, es kann schwinden mit dem Geiste der Zeit.

Korn[1]) bringt aber auch eigene Gedanken zu dem Punkte der Rechtfertigung der Strafe des Anstifters. Er findet einen Ersatz der ihm mangelnden Kausalität in der Schuld des Anstifters und sagt[2]): „Ein Verbrechen verschulden heißt aber nichts anderes, als einen Vorsatz hegen (sic!), der alle Tatbestandsmerkmale einschließlich des Erfolges umfaßt".

Bei einem derartig überspannten Subjektivismus ist für den objektiven Bestand der Tat selbstverständlich kein Platz, der überdies allerdings auch durch die Unter-

[1]) Korn a. a. O. S. 18.

[2]) Korn a. a. O. S. 20.

brechung des Kausalzusammenhanges ausgeschlossen ist. Damit macht Korn das Strafrecht zu einem Sklaven der Ethik, der nur auf Schritt und Tritt die Geißel der Strafe zu schwingen hätte, wiewohl er an seinen Gegnern diesen Fehler zu rügen weiß,[1]) und der Satz: cogitationis poenam nemo patitur, mit dem Korn die Theorie Heilborns zu Fall zu bringen wähnt, — freilich ein solches Unterfangen völlig zu Unrecht, da doch das Wesentliche des Erfolgsdelikts Heilborns gerade darin besteht, daß ein objektives Moment, ein Handeln, hinzutreten müsse, — führt Korn selber in absurdum. Denn auch nach ihm, der gleichfalls hier den Ideen v. Liszts gefolgt ist, erleidet der Anstifter, insofern er überhaupt bestraft wird, reine Gedankenstrafe, insofern er dem Täter gleichbestraft wird, Strafe für fremde Schuld. „Gegen eine derartige Übertreibung der akzessorischen Natur der Anstiftung behalten auch Kohlers Angriffe, daß sie eine Haftung für fremde Schuld bedeute und dem modern-strafrechtlichen Individualismus widerstreite, voll und ganz ihre Berechtigung.“ [2])

Wollte Korn die Kausalität ersetzt wissen durch eine Gemeinschaft der Schuld zwischen Anstifter und Täter, so spricht Loewenheim von der selbständigen Teilnehmerschuld des Anstifters. Folge-

[1]) Korn a. a. O. S. 18.

[2]) Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme, Düsseldorf 1909, S. 235.

richtig wäre es gewesen, daß wie Korn auch Loewenheim eine bloße Gedankenschuld des Anstifters angenommen hätte. Wenn Loewenheim aus dieser Enge sich hinausrettet zur „selbständigen Teilnahmeschuld", so ist dieser Begriff erstens ein logisches Unding, — denn die Teilnahme ist unselbständig, folglich auch ihre Schuld, — zweitens eine Behandlung der Anstiftung als delictum sui generis, was der lex lata gegenüber petitio principii bedeutet. Der Begriff der Anstiftung als einer Teilnahmehandlung an der Haupttat gestattet nicht, einen Teil von Umständen, die mit anderen zusammen erst die Haupttat herbeiführen, herauszuheben und diesen als delictum sui generis ein tatbestandlich selbständiges Dasein zu geben.

Der Gedanke, die Strafe des Anstifters mit seiner bloßen Willensschuld zu rechtfertigen, ist entsprechend der Überspanntheit eines solchen Unternehmens in der Literatur ein Gedanke geblieben. Der einzige Vertreter der rechtlichen Zurechnung bloßer Gedankenschuld ist Bierling.[1])

Keineswegs ist ihm Haupt an die Seite zu stellen. Abgesehen davon, daß die Strafe des Anstifters hier ausscheidet, da der Anstifter nach Haupt die Ursache ist,[2]) berechtigt auch die Unterscheidung Haupts[3]) in Ursächlichkeit und bloße Förderlichkeit nicht

[1]) Bierling a. a. O. S. 242.

[2]) Haupt in Zeitschr. Bd. 15 S. 569/70.

[3]) Haupt in Zeitschr. Bd. 15 S. 203.

zu solcher Annahme. Denn die „Förderlichkeit“ Haupts ist in ihrem Wesen nur scheinbar von der „Ursächlichkeit“ verschieden. In Wahrheit ist beides Kausalität, die Ursächlichkeit nur ein höherer Intensitätsgrad gegenüber der Förderlichkeit.

So sind unsere Gegner nicht imstande, eine Strafe der Anstiftung überhaupt, geschweige denn die gleiche Strafe des Anstifters mit dem Täter zu erklären, wenn sie nicht auf jene Grundwahrheit des Strafrechts verzichten: Ohne Kausalität keine Schuld — ohne Schuld keine Strafe.

Bloße Gedanken begründen keine Schuld. Von einer Gedankenschuld kann wohl die Ethik reden, nicht aber das Strafrecht, das sich nur mit einem Teil der objektivierten Ethik zu befassen hat. Denn die Funktion des Strafrechts ist der Schutz tatsächlich gefährdeter oder bereits verletzter Rechtsgüter. „Nicht der vollkommen Tugendhafte, sondern der rechtschaffene Mann des gewöhnlichen Lebens ist das sittliche Ideal des praktischen Juristen.“ [1])

Mit Recht nennt Katzenstein [2]) die These einen fundamentalen Satz der Strafrechtswissenschaft: „Erfolg ist eine sinnfällige Erscheinung der Außenwelt“.

Der Ansicht Heilborns,[3]) die Hervorrufung des Entschlusses beim Angestifteten werde mindestens dann

[1]) v. Wick, Über Vorsatz und Absicht, Rostock 1866 (Ende).

[2]) Katzenstein a. a. O. S. 416.

[3]) Heilborn a. a. O. S. 82.

ein sinnfälliger Erfolg, wenn der letztere zur Ausführung schreite, können wir uns anschließen. Jedoch nicht im Sinne Heilborns, daß dieser sinnfällige Erfolg der Anstiftung, der nur ein Erfolg ist, nun auch der Erfolg der Anstiftung sei. Denn zu dem Erfolge der Anstiftung gehört die auch von Heilborn angenommene Kausalität der Anstiftung, in welcher das Beginnen des Ausführens nur ein Stadium bedeutet, in ihrem Ende, die Tat, wohl aber in dem Sinne, daß das Beginnen der Ausführung ein sinnfälliger Erfolg ist.

Wenn Heilborn zu diesem Satze Katzensteins bemerkt, Katzenstein stütze sich dabei nicht auf das Wesen der Anstiftung, sondern auf die Technik des Gesetzgebers, so stellt sich u. E. die Technik des Gesetzgebers als ein sekundäres Moment dar, das aus dem Wesen der Anstiftung nach der hier zugrunde gelegten Anschauung sich von selbst ergibt. Das Wesen der Anstiftung und die Technik des Gesetzgebers harmonieren deshalb.

Wenn aber Weinberg[1]) den Gesichtsausdruck des Angestifteten, den ein ausgezeichneter Psychologe wahrnehme, und die für die Wissenschaft noch durchaus hypothetische, jeder Innervation vorausgehende molekulare Veränderung in der Gehirnsubstanz als sinnfällige Erscheinungen der Außenwelt uns vorzustellen unternimmt, so betonen wir als Anhänger der Sinnfälligkeit des Erfolges gegen eine derartige Weltvergessenheit, daß das Strafrecht nicht ein Recht einzelner wissenschaftlich

[1]) Weinberg a. a. O. S. 51, 52.

hervorragender, isolierter, mit Hypothesen arbeitender Gelehrten ist, sondern das Recht des Volkes, das aus dem Leben des Volkes herausgewachsen ist, für das Volk gilt und deshalb seine Begriffe aus dem Volke zu schöpfen hat. Nur das ist Erfolg, was dem einfachsten Manne des Volkes wie dem größten Gelehrten der Wissenschaft in gleicher Weise als Erfolg erkennbar ist.

Daß nach unserer Auffassung der Anstifter Strafe verdiene, ist gerechtfertigt durch seine schuldhafte Mitwirksamkeit zum strafbaren Erfolge. Aber die gleiche, unverhältnismäßig hohe Strafe des Anstifters — so werden unsere Gegner einwenden — sei aus der bloßen Mitwirksamkeit des Anstifters zum Erfolge nicht schlüssig.

Allerdings tut der Anstifter objektiv weniger als der Täter. Aber dieses objektive Minus wird völlig aufgewogen durch das subjektive Plus des Anstifters, welches darin besteht, daß er nicht nur sich, sondern auch einen anderen zum Verbrechen bestimmt.[1]) Wir können den Anstifter als den Urheber der Tat ansehen, wie sich auch die von Korn zitierten Motive ausdrückten, und als solcher verdient er seine Strafe. Andererseits wird dadurch keineswegs eine Herabsetzung des Strafmaßes für den Angestifteten bedingt. Denn dieser war frei; er kannte seine vorsätzliche Freveltat; da er sie wollte, mußte er sie tragen. Er hat seine Willensfreiheit zur Sklavin des Anstifters erniedrigt. „Es ist also die

[1]) Ortmann im Gerichtssaal Bd. 28 S. 83.

Beschaffenheit seines eigenen Willens, die der Angestiftete offenbart, und er ist nicht eine bloße Marionette in der Hand des Anstifters.“ [1]) Die Einwände derer,[2]) welche behaupten, es bestehe eine stärkere, intensivere Absicht beim Angestifteten als beim Anstifter, sind berechtigt gegenüber denen,[3]) die den Anstifter als den Verführer in höherem Maße für strafbar erachten als den verführten Angestifteten, den „physischen Agenten“,[4]) den „selbstbestimmten Repräsentanten des Anstifters“.[5]) Daß er sich verführen ließ, ist seine Schuld, denn er war frei.

Übrigens dürfte eine „Verführung“ nur Fälle treffen, in denen der Wille des Anzustiftenden bereits zur Freveltat geneigt ist. Ob da von einer Anstiftung überhaupt noch die Rede sein kann, hängt von den konkreten Verhältnissen ab. U. E. wird es in der Regel gerechter sein, hier von der Verführung als intellektueller Beihilfe zu reden. Aber das sind Ausnahmen, der Normalfall setzt den menschlichen Willen als einen psychologisch freien voraus.

---

[1]) Haupt in Zeitschr. Bd. 15 S. 572.

[2]) Luden, Abhandl. aus dem gemeinen teutschen Strafrechte 1840 Bd. 2 S. 342.

[3]) Hälschner a. a. O. S. 414; Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Gesetzeskunde Bd. 1 2. Aufl. 1822 S. 203 § 102.

[4]) v. Bar, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme an Verbrechen 1859 S. 44.

[5]) Köstlin a. a. O. S. 312.

III. Loewenheim[1]) sagt: „Vielmehr hat der Anstifter stets einen bestimmten Erfolg im Auge, den der Angestiftete verwirklichen soll, er will den Entschluß zur Verwirklichung dieses bestimmten verbrecherischen Erfolges in dem Angestifteten hervorrufen".

Diese Worte Loewenheims sind ja das, was die gemeine Meinung fordert: Der Anstifter hat einen bestimmten Erfolg im Auge, die Tat, er will sie, muß sie wollen. Fast könnte es scheinen, Loewenheim habe seine Auffassung preisgegeben. Wunder muß es nehmen, wenn Loewenheim aus den obigen Worten in kühnem Gedankenfluge seine Prinzipalanschauung folgert: „Sein Vorsatz umfaßt also (?) die Vorstellung, den Willen, daß er durch seine Tätigkeit in dem anderen den Entschluß erweckt, einen bestimmten verbrecherischen Erfolg herbeizuführen".

Abgesehen von diesem logischen Salto mortale Loewenheims, liegt sein Hauptfehler darin, daß er die Tätigkeit des Anstifters gleich seinem Willen setzt. Beide sollen nach Loewenheim ihrem Umfange nach identisch sein.

Wir sehen dieserhalb keinen Grund.

Zunächst sind Wille und Tätigkeit keine Begriffe, die koordiniert werden dürfen. Die Tätigkeit ist nur ein Ausfluß des Willens, eine Erscheinung des Willens in der sinnlichen Außenwelt, nur objektivierter Wille.

[1]) Loewenheim a. a. O. S. 34.

Sodann aber: Warum muß sich der Wille des Menschen in seiner Tätigkeit erschöpfen? Gewiß, in den weitaus meisten Fällen wird er es. Aber denken wir nur an Scherz, Mentalreservation, Simulation, Betrug, Urkundenfälschung, Diebstahl usw. Hier ist der Wille in der äußeren Handlung, die doch immer nur einen Teil des Willens darstellt, nicht erschöpft. Und ebenso verhält es sich in Wahrheit beim Anstifter.

Allerdings ist mit dem Bestimmtsein des Angestifteten zum Morde das aktive Eingreifen des Anstifters beendet, fortan spielt der Anstifter eine passive Rolle. Aber diese Beendigung der anstifterischen Tätigkeit berechtigt doch nicht zugleich zu dem Schlusse, daß auch der Wille, der Vorsatz des Anstifters in dem Bestimmen zur Tat seinen Ruhepunkt findet. Nimmermehr! Gerade weil das persönliche Eingreifen, die Aktivität des Anstifters in dem Bestimmtsein des Angestifteten ihre Schranke findet, müssen wir anderer Meinung sein. Das Wesen der Anstiftung, die Psychologie des Anstifters verlangen es: der Anstifter möchte handeln, weiterhandeln, soweit es geht; nur die Tat will er nicht selbst begehen. Er möchte vor seinen Todfeind stürmen, ihm die Pistole auf die Brust setzen, nur abdrücken soll sie ein anderer. Wenn dieses heiße Blut, diese fieberhafte Gier nach dem Tode seines Feindes seine Sinne peitscht, in allen seinen Adern rollt, sollte da wohl die kalte Ruhe und Gedankenleere denkbar sein, die Loewenheim dadurch verlangt, daß der Wille des Anstifters nur

aufs Bestimmen gehe? Nie und nimmer! Hat die Tätigkeit des Anstifters in dem Bestimmtsein des Angestifteten ihr Ende erreicht, so verlangt das im Wesen der Anstiftung begründete Seelenleben des Anstifters, das all sein Denken und Sinnen nur auf die Tat konzentriert, ein Surrogat für die leider nicht mögliche weitere Tätigkeit des Anstifters, und dieses Surrogat bildet allein der Wille, der Vorsatz, der die Tat umfaßt.

IV. Loewenheim[1]) sagt: „Insofern dieser Erfolg (dieser bestimmte verbrecherische Erfolg) einen Bestandteil des in dem anderen hervorzubringenden Entschlusses bildet, ist er also naturgemäß im Vorsatze des Anstifters mitenthalten. Aber keineswegs ist damit gesagt, daß der Vorsatz des Anstifters die vom Angestifteten wirklich begangene Tat und deren Erfolg mitumfasse".

Auch des weiteren operiert Loewenheim zum „Beweise" seiner Ansicht ausschließlich mit dieser Behauptung, die zu beweisen bleibt.

Wir wenden uns zunächst dagegen, der Erfolg bilde nur einen Bestandteil des Entschlusses des Angestifteten, sei nur mitenthalten im Vorsatze des Anstifters.

Mit viel Geschick hat Loewenheim diese einschränkende Behauptung eingeführt. Freilich, wenn die Tat nur ein Bestandteil im Entschlusse des Täters und im Vorsatze des Anstifters wäre, wäre es wenigstens

[1]) Loewenheim a. a. O. S. 35.

denkbar, daß dieser Teil des Willens nicht das Ziel des Willens im allgemeinen zu haben brauche. Wer zu einer Gebirgsreise sich einen Touristenanzug anfertigen läßt, dessen Wille kann ja darauf gerichtet sein, diesen Anzug nur zur Besteigung des Rigi zu verwenden.

Gehen wir zunächst auf den Willen des Angestifteten ein. Worin besteht sein Wille? Offenbar darin, zu handeln. Daran ist nichts zu rütteln. Jeder Mensch aber handelt, nicht weil er die Handlung als abstrakte Handlung will, sondern weil er die Handlung in ihrer konkreten Gestalt, in ihrem Erfolge will. Wer einen Stein bearbeitet, der will nicht bloß bearbeiten, er will den Kopf des Gelehrten aus dem Steine meißeln. Der Bote, der eine Meldung bringt, will nicht bloß gehen, er will die Meldung ausrichten. Diese äußeren Tätigkeiten, das Bearbeiten, das Gehen, sind nur Mittel zum Zweck. Der Zweck aber ist die Hauptsache, und das nennen wir Erfolg. Worauf geht nun sein Wille? Zweifellos auf den Erfolg und nur auf den Erfolg. Daß dieser Wille des Erfolges das in sich schließt, was nur zu diesem Erfolge führen kann, ist selbstverständlich. Unser Ergebnis auf den Angestifteten übertragen lautet: Der Angestiftete will das Verbrechen; das ist sein einziger Wille, der den Willen der eigenen Körperbewegung notwendig in sich schließt. Loewenheim hat demnach kein Recht, diesen Erfolg als einen Bestandteil des in dem Anzustiftenden hervorzurufenden Entschlusses zu bezeichnen.

Gehen wir nun auf den Willen des Anstifters ein, so gilt von seinem Willen das gleiche wie von dem Willen des Angestifteten. Denn er ist der bewußte Schöpfer dieses Willens. Es ist unrichtig, zu sagen, der Erfolg der Tat sei naturgemäß im Vorsatze des Anstifters mitenthalten. Nein! Der Erfolg der Tat ist der einzige Inhalt des Willens, er ist der Wille des Anstifters. Daß dieser Wille auch das Bestimmen des Anzustiftenden in sich schließt, bedarf keiner Betonung, da nur so der Wille des Anstifters denkbar ist.

Solches gilt im Normalfall; aber selbst in den Fällen, in denen der Anstifter an dem Verbrechen als Verbrechen kein eigenes Interesse hat, ist unsere Meinung korrekt. Es sei das Beispiel Heilborns[1]) gebraucht: A stiftet B an zu einem Einbruchsdiebstahl, um inzwischen mit Frau B ungestört Ehebruch zu treiben.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Erfolg, den A will, — wir werden richtiger von der Absicht[2]) des A sprechen, — allein der Ehebruch ist. Da aber dieser Erfolg nach der Überzeugung des A nur erreicht werden kann, wenn B mit einem Einbruchsdiebstahl

[1]) Heilborn a. a. O. S. 35.

[2]) Geßler, Über den Begriff und die Arbeiten des dolus 1860 S. 88: „Soweit nun der Wille auf die Verwirklichung eines Aktes in seiner einzelnen Bestimmtheit (Individualisierung) gerichtet ist, wird er Vorsatz genannt; soweit aber hierbei der Wille auf die Verwirklichung der äußeren Wirksamkeit mit ihrem allgemeinen Inhalt geht, heißt der Wille Absicht".

beschäftigt ist, so umfaßt natürlich der Wille des A auch diesen Einbruchsdiebstahl. Daß dieser Wille, der auf die Begehung des Einbruchsdiebstahls gerichtet ist, kein selbständiger ist, tut keinen Abbruch. Denn wesentlich ist doch nur, daß der Wille das Verbrechen umfaßt, nicht wie er es umfaßt.

Wir legten bisher unseren Nachdruck darauf, darzutun, daß der Wille des Anstifters einzig und allein das Verbrechen bilde. Nunmehr soll die Frage erörtert werden, ob dieser Wille des Anstifters auf das Verbrechen als ein zu begehendes gerichtet ist oder auf das Verbrechen als ein begangenes, m. a. W.: ob der Vorsatz des Anstifters die in der Entwicklung begriffene Ausführungshandlung umfaßt oder das vollendete Delikt, die Tat.

A stiftet B an, C zu töten.

Es ging doch nach Loewenheim der Wille des Anstifters nur darauf, den Entschluß des Anzustiftenden hervorzurufen, und nur soweit dieser Erfolg des Hervorrufens, d. h. die Begehung des Verbrechens in dem Entschlusse des Angestifteten vorhanden sei, sei er auch in dem Vorsatze des Anstifters mitenthalten. Nach Loewenheim ruht der Schwerpunkt des anstifterischen Vorsatzes in der Person des Angestifteten. A hat nach Loewenheim nur ein Interesse daran, B zu bestimmen. Der Inhalt dieses Bestimmens, B solle C töten, ist nach Loewenheim nur insofern auch noch von Bedeutung, als er nun einmal dem B mitgeteilt werden

muß und deshalb das Wissen um diesen Inhalt auch bei A vorhanden sein muß. Ob B den C töten werde, das ist etwas Nebensächliches; denn der Inhalt des Bestimmens ist von ausschließlicher Wichtigkeit für B. Wenn nun B C tötet, so steht freilich auch nach Loewenheim A mit der Tat in einer Beziehung, allerdings in einer recht lockeren; denn der eigentliche und einzige Wille ging doch nur auf die Bestimmung des B; nur jener äußere Grund, das Wissen des Anstifters um den Inhalt des Bestimmens ohne das Wollen des Inhalts, ist nach Loewenheim der seidene Faden, der den Anstifter an das Verbrechen knüpft.

„Ob der tatsächlich eingetretene Erfolg, den die auf Grund der Anstiftung begangene Tat zeitigte, jenem vom Anstifter vorgestellten Erfolge entspricht, darauf kommt es nicht an.“ [1])

Das ist eine Anschauung, welche dem Wesen der Anstiftung und der Psychologie des Anstifters Hohn lacht.

Der Schwerpunkt des anstifterischen Vorsatzes ruht in der Frage: Was ist aus C geworden, ist C tot?

Daß A auch Interesse hat an der Ausführung der Tötung, ist allzu natürlich. Wenn B sich eine Pistole kauft, in die Wohnung des C eindringt, ladet und abdrückt, so wird A diese Handlungen mit Interesse verfolgen, denn sie bringen ihm seinem Ziele näher; aber auch nur mit Interesse, das zwar Vorsatz ist, aber nicht Vorsatz im Ende bedeutet. Es kommt A im

[1]) Loewenheim a. a. O. S. 36.

Ende nicht darauf an, daß und wie B den C tötet, sondern darauf, daß C tot ist. Diese abgeschlossene, vollendete Tat, welche die noch werdende, in der Entwicklung fortschreitende Handlung notwendig in sich schließt, ist der wahre Inhalt des Vorsatzes des Anstifters.

Wir wollen uns nicht versagen, unsere Anschauung auch gegenüber dem obenerwähnten von Heilborn hergenommenen Sonderfall auf ihre Haltbarkeit hin zu prüfen.

Hier liegt tatsächlich der Schwerpunkt des anstifterischen Vorsatzes in der Person des Ehemannes B. Was Loewenheim für den Normalfall verlangt, das wird hier bedingt durch die Eigenart dieses Ausnahmefalles, die eben darin liegt, daß der Wille des A darauf gerichtet ist, daß die Person des B aus dem Hause ist.

Doch wir wollen wissen, ob der Vorsatz des A die Tat in ihrer Vollendung umfaßt. Offenbar kommt es A auf die Länge der Abwesenheit des B an. Damit, daß B einen Einbruchsversuch macht und dann zurückkehrt, ist A nichts gedient. Denn A wird sich wohl berechnet haben, daß er während der Zeit, die erforderlich ist, daß ein Einbruchsdiebstahl vorliege, das Haus des B von B frei sein müsse. Insofern geht also auch hier der Wille des Anstifters auf die durch den Angestifteten in diesem Falle freilich höchstpersönlich ausgeführte und nunmehr vollendete Tat, wobei wiederum wohl zu beachten bleibt, daß die Tat nicht als Tat vom Anstifter gewollt

ist, sondern daß die Tat nur dergestalt mitgewollt ist durch den Willen, daß der Angestiftete beschäftigt werden sollte. Aber da es dem A auf die Dauer der Abwesenheit ankam, die nach seinem Dafürhalten nur dann gegeben ist, wenn die Tat vollendet ist, ist doch auch in solchen Fällen der dolus des Anstifters auf die Tat in ihrer Vollendung gerichtet.

Eine Verwandtschaft mit der Theorie Loewenheims zeigt die Theorie v. Bars.[1])

Auch sie kann dem Wesen der Anstiftung nicht genügen. Nach v. Bar ist der Wille des Anstifters ein durch die freie Person des Angestifteten bedingter. Der Anstifter will die Tat nur, wenn der Angestiftete sie will.

U. E. legt v. Bar einen zu starken Nachdruck auf die für das Wesen der Anstiftung selbstverständliche Bedingung der Begehung des Verbrechens durch den Angestifteten. Objektiv, d. h. für die Verwirklichung des Verbrechens, halten wir die Kraft der Bedingung des freien Willens des Täters für völlig gerechtfertigt, keineswegs aber subjektiv für den Willen des Anstifters. Denn der Anstifter will das Verbrechen, nicht wenn der Angestiftete es will, sondern er will, daß das Verbrechen begangen wird, mithin daß der Angestiftete das Verbrechen will, wobei in dem Vorsatze des Anstifters auch die Bedingung v. Bars eine Stelle einnimmt, aber nicht wie bei v. Bar jene erste, wichtige

[1]) v. Bar a. a. O. S. 46.

Stelle. Nach der Theorie v. Bars wäre der dolus des Anstifters immer nur ein dolus eventualis. Es ist u. E. unzulässig, den Willen des Anstifters zu verstümmeln aus der Erwägung einer möglicherweise in der Zukunft eintretenden tatsächlichen Beschränkung des doch uneingeschränkt vorgesetzten Verbrechens heraus.

V. Als weiteres Argument gegen unsere Ansicht führt Loewenheim die akzessorische Natur der Anstiftung an.

Ihre, die Auffassung unserer Gegner, sei eine notwendige Folge der akzessorischen Natur der Anstiftung, so führt Loewenheim aus.

Haben denn unsere Gegner überhaupt noch die Berechtigung, von der Anstiftung als einer akzessorischen Handlung zu reden? Wir verneinen auf das entschiedenste. Wer Anhänger des v. Burischen Ursachenbegriffs ist, der muß die akzessorische Natur der Anstiftung entweder nicht anerkennen der lex lata gegenüber oder, was das Einfachste ist, dem Gesetzgeber auch hierin den Vorwurf der Folgewidrigkeit machen. Wer in § 48 RStGB. eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges annimmt, der verliert das Wesen der akzessorischen Natur der Anstiftung völlig aus dem Auge, wenn er diese für sich in Anspruch nimmt. Die Anstiftung soll zu der Haupttat in eine strafrechtlich relevante Beziehung gesetzt werden, das ist der Gedanke der Anstiftung als eines Akzessoriums zur Tat. Dies ist unseren Gegnern unmöglich; nimmer durften sie deshalb die akzessorische Natur der

Anstiftung gegen uns ausspielen. Ihnen gegenüber sind wir demnach zu einer Rechtfertigung unserer Auffassung nicht verpflichtet. Doch wenn unsere Meinung die richtige ist, kann ihr die akzessorische Natur der Anstiftung ein Hindernis nicht sein. Das soll im folgenden dargelegt werden.

Anstiftung und Haupttat, beide sollen gestraft werden; die Anstiftung nur dann, wenn die Haupttat vorhanden ist. Daraus folgt, daß diese beiden Begriffe in einem tatsächlichen, aber auch rechtlich relevanten Zusammenhange stehen. Das ist allein die Kausalität. Denn ohne Kausalität keine Schuld, ohne Schuld keine Strafe. „Die akzessorische Natur der Anstiftung liegt auf dem Gebiete der rechtlichen Beurteilung von Vorgängen, deren tatsächlicher Zusammenhang mit der Verbrechensverwirklichung zunächst festzustellen ist; und dies hat an der Hand des Kausalgesetzes zu geschehen.“ [1] Gerade die akzessorische Natur der Anstiftung hätte zu der Überzeugung bringen müssen, daß der Ursachenbegriff der Gegner unrichtig ist. Facta loquuntur: Wenn Frank in seiner Auflage von 1897 bemerkte, die Kategorien der Anstiftung und Beihilfe hätten nur insoweit Existenzberechtigung, als man eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges annehme, so war dies eine durch und durch mißglückte Existenzberechtigung. Und Frank hat diese seine Meinung in seiner 5.—7. Auflage korrigiert, indem er der Anstiftung nur

[1] Haupt in Zeitschr. Bd. 15 S. 575, 576.

insoweit Existenzberechtigung zukommen läßt, als das Verhalten des Anstifters nur eine Bedingung, nicht aber eine Ursache ist.[1] „Anstiftung, Beihilfe und Haupttat bedeuten kein zufälliges Nebeneinander, sie stehen nicht als tatbestandlich selbständige Verbrechen in einem nur äußeren Konnex; sie sind Bestandteile derselben konkreten verbrecherischen Erscheinung, verbunden durch den auf denselben Erfolg bezogenen Kausalzusammenhang.“[2]

Die Anstiftung als Akzessorium zur Tat hat ihre Bestimmung lediglich in dem Enderfolge in Gestalt einer zum Enderfolge mitwirkenden Kraft. Worin sollte sie auch, da sie eine strafrechtlich relevante Beziehung zur Haupttat darstellt, bestehen, als darin, daß sie ein Minus in der Kausalität gegenüber dem Täter ist, nur eine Teilursache, eine Mitursache. Daß das Akzessorium in der Strafe der Hauptsache gleichsteht, ist kein Widerspruch zu dem Charakter der Anstiftung als Akzessorium. Denn Kausalität und Schuldzumessung sind nicht Begriffe, die sich unbedingt decken müssen. Obwohl die Anstiftung ein Akzessorium ist, in der Kausalität demnach ein Minus ist gegenüber dem Täter, ist die Schuld des Anstifters der des Täters gleich. Der Schuldausgleichungsfaktor ist der Vorsatz des Anstifters, der die Tat umfaßt.

[1] Frank 5.—7. Aufl. S. 83.

[2] Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen 1909 S. 125.

VI. Wir haben bisher nicht in Zweifel gestellt, ob nach der Lehre Loewenheims eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges wirklich vorliegt. Wir taten dies absichtlich, um die Lehre unserer Gegner selbst dann als unrichtig aufzudecken, wenn die Kausalität unterbrochen wäre. Wesentlich folgende Ausführungen genügen, die Lehre Loewenheims als eine Irrlehre zu charakterisieren.

Wir behaupten: Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges ist in der Lehre Loewenheims nur ein Schein. Objektiv betrachtet liegt volle Kausalität der Anstiftung für die Tat auch nach der folgerichtigen Weiterentwicklung der Loewenheimschen Grundanschauung vor. Das soll im folgenden dargetan werden.

Birkmeyer[1]) sagt: „Die Anstiftung ist Einwirkung auf den Willen eines anderen vor dessen Entschluß".

Unsere Ansicht geht dahin, daß es das Wesen der Anstiftung nicht gestattet, so schroff die Tätigkeit des Anstifters und den Entschluß des Angestifteten zu sondern. Man wird der Anstiftung näher kommen, wenn man ihr Wesen in einem Hinüberfließen der anstifterischen Ideen in den Anzustiftenden erblickt, in einem Sammeln der Gedanken des Anstifters durch den Anzustiftenden zum Ganzen des Entschlusses. Es soll damit gesagt sein, daß die Anstiftung nicht bloß vor dem Entschlusse

[1]) Birkmeyer, Teilnahme S. 122.

liege, sondern notwendig in ihn hineinreiche, in ihm aufgehe, ihr aktives Ende in ihm erreiche. Nach Birkmeyer ist es folgegemäß gleichgültig für das Wesen der Anstiftung, ob der Entschluß folgt oder nicht; denn es ist nur gefordert, daß die Anstiftung vor dem Entschlusse liege. Eine Anstiftung aber muß angestiftet haben, damit sie überhaupt zur Anstiftung werde.

Die Kausalität der Anstiftung im eigentlichen Sinne ist demnach gegeben mit dem Bestimmtsein des Angestifteten. Daß die Anstiftung selbstverständlich kausaler Faktor für die Tat ist, interessiert hier nicht. Denn wer eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges sucht, kann diese nur dort suchen und finden, wo die Kausalität im eigentlichen Sinne wirken soll, wo die Einwirkung des Anstifters unmittelbar wirken soll. Die Stelle der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges kann demnach einzig und allein v o r der Fassung des Entschlusses zum Verbrechen liegen.

Da Loewenheim als Erfolg der Anstiftung das Bestimmtsein des Angestifteten annimmt, gibt er die Kausalität der Anstiftung zu, und diese spezifisch-anstifterisch wirkende Kausalität ist allein von Bedeutung.

Wenn Loewenheim, v. Liszt, Korn, Weinberg den Punkt der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges nach Fassung des Entschlusses feststellen, so steht eine derartige Anschauung im Gegensatze zu der Natur des Menschen als eines mit Vernunft begabten Wesens,

folgegemäß aber auch zu dem Zwecke einer gesetzlichen Bestimmung.

1. Daß der Wille des Menschen den psychischen Kausallauf an jeder beliebigen Stelle hemmen kann, ist ein Postulat der Macht seines Willens. Daß der Wille des Menschen den Kausallauf nicht an jeder beliebigen Stelle unterbrechen wird, ist ein Postulat der Vernunft des Menschen.

Wenn es feststeht, daß der Anzustiftende, um Angestifteter werden zu können, in jedem Falle nach der Fassung des Entschlusses den bereits begonnenen Kausallauf hemmen muß, um nach dieser Niederlage der extremen Willensfreiheit das zerfetzte Banner dieses extremen Indeterminismus zum vermeintlichen Siege aufschwingen zu können, wozu läßt sich der Anzustiftende denn erst noch bestimmen! Zum Siege des Indifferentismus bedarf es doch nicht eines Sieges des Determinismus über den Indifferentismus! Wo bleibt die Willensfreiheit in ihrer unbeschränkten Selbstherrlichkeit, deren innerster Kern doch gerade die Unbezwingbarkeit sein soll!

Das Bestimmtsein des Angestifteten nach der persönlichen Lehre Loewenheims eine inhaltsleere Zeremonie der Anstiftung! Das Bestimmtsein des Angestifteten aber auch zugleich der Todesstoß für die Lehre Loewenheims, die wie ein Grabgesang für die Vernunft des menschlichen Willens klingt.

2. Das Gesetz ist eine Richtschnur, die das normale Leben als leitendes Motiv in sich trägt. Normal ist nur der vernünftige Mensch, dessen Wille den Gesetzen der Vernunft folgt. Ein Postulat der Vernunft ist es, daß der Wille, wenn er absolut frei ist, auch absolut frei bleibt, daß der Wille, wenn er einmal die Kausalität des Einwirkens wollend anerkannt hat, auch den Lauf der Kausalität bis zum Ende anerkennt. Wenn auch in sittlich schlechtem Sinne, so gilt doch auch hier die Wahrheit: ein Mann, ein Wort. Nur das entspricht einem wahren Willen. Wer bestimmt ist, bleibt bestimmt. Nur in dem Sinne kann Loewenheim von der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges nach Fassung des Entschlusses reden, daß der Angestiftete überhaupt nicht handelt und dadurch den Kausallauf unterbricht. Nicht aber, wie Loewenheim tatsächlich redet, in dem Sinne, daß das Hervortreten des „unbeschränkt freien", aber bereits durch den Anstifter bestimmten Willens des Täters den Kausallauf unterbreche. Dadurch, daß der Wille des Angestifteten sich bestimmen ließ, kam er in die Bande der Kausalität, die zu sprengen im Loewenheimschen Sinne er nunmehr zu schwach, aber auch zu vernünftig ist.

Der Angestiftete nach der Lehre Loewenheims erscheint als ein Sonderling ersten Ranges. Die Ideen eines solchen Sonderlings sind nicht Ideen des Lebens, des Gesetzes. Gegen eine gesetzliche Generalisierung solcher Ideen wehrt sich die Würde vernünftigen Willens.

Wenn § 48 eine Unterbrechung des Kausallaufs enthielte, läge die Stelle der Hemmung nur vor dem Entschlusse.

Die in ihrem Fundament richtige Lehre Loewenheims schlüssig weiter aufgebaut, ist nichts anderes als unsere Lehre. Denn da der Anstifter auch nach Loewenheim für den Entschluß des Täters kausal geworden ist, ist er es auch für die Tat. Da er die Kausalität wollte, wollte er sie in ihrem Ende, der Tat.

Der Vorsatz des Anstifters umfaßt die Tat. Das ist die schlüssige Lehre Loewenheims.

Auch v. Liszt, der so oft die Folgewidrigkeit des Gesetzgebers zu rügen weiß, muß unseren Vorwurf der Folgewidrigkeit hinnehmen.

Kein Autor der gegenteiligen Meinung kann sich der Folgerichtigkeit rühmen. Denn folgerichtig wäre es gewesen, die Unterbrechungsstelle des Kausalzusammenhanges vor dem Entschlusse des Täters zu suchen. Da aber durch diese Unterbrechung des Kausalzusammenhanges ein von der Tat verschiedener Erfolg der Anstiftung bedingt würde, infolge der absoluten Willensfreiheit des Anzustiftenden die Anstiftung in der bewußten Tätigkeit des Einwirkens bestände, ein darüber hinausgehender rechtlich relevanter Wille durch die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges ausgeschlossen würde, müßten diese Autoren bei Folgerichtigkeit zu dem Resultate gekommen sein: Der Vorsatz des An-

stifters ist gleich dem Bewußtsein des psychischen Einwirkens ohne rechtlich relevante Beziehung des Willens zum Erfolge des Einwirkens. Die Welt ist voll von Anstiftern, jeder Handlungsakt ist Anstiftung.

Nur ein Autor — es ist Weinberg — kommt dieser Folgerichtigkeit, wenn auch unbewußt, sehr nahe. Wir werden darüber in § 8 handeln.

Wenn Weinberg[1]) behauptet, auf diese Weise schrumpfe der Gegensatz zwischen Anstifter- und Täterdolus zu rein formaler Bedeutung zusammen, so ist ihm hierin nicht beizustimmen. Von formalem Unterschiede kann wohl die Rede bei denen sein, welche wie Kohler[2]) die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft auch der lex lata gegenüber auffassen, wo der Formalismus nur in der Bezeichnung als Anstifterdolus verdeckt wird. Ob die Wichtigkeit folgender Unterschiede bloßer Formalismus ist, überlassen wir dem Urteile des Lesers.

Jedenfalls bestehen folgende Unterschiede:

1. Der Vorsatz des Anstifters und des Täters kommen in ihrer Richtung auf die Tat überein. Aber während der Dolus des Anstifters sich in dem Willen der Tat erschöpft, kommt beim Dolus des Täters noch das Wollen der Verwirklichung der Tat durch eigene

[1]) Weinberg a. a. O. S. 56.

[2]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht Bd. 1 1890 S. 129: „Man hat nun allerdings den Anstifterwillen vom Täterwillen unterscheiden wollen, allein mit Unrecht. Der Anstifter will die Tat, er will sie eben nur durch das Medium des faktischen Täters".

Tätigkeit hinzu, bedeutet also ein Plus gegenüber dem Anstifterdolus. „Es trifft ja in der Tat meist zu, daß die Eigenhändigkeit der Tat für ein größeres Maß verbrecherischer Energie und Rücksichtslosigkeit zeugt als ihre mittelbare Begehung.“ [1])

2. Der Vorsatz des Anstifters braucht nicht direkt auf die Begehung des Verbrechens gerichtet sein, er kann die Tat aus einem anderen, weiter gelegenen Gesichtspunkte mitumfassen, ohne daß er an der Tat als einem Verbrechen ein Interesse hat. Der Täterdolus umfaßt das Verbrechen unmittelbar.

3. Bei Absichts- oder Zweckdelikten wird vom Anstifter nicht auch die Absicht gefordert, welche für den Täter unerläßlich ist, z. B. §§ 242, 263, 268 RStGB. Es kann z. B. zum Diebstahl angestiftet werden, ohne daß der Anstifter die Absicht rechtswidriger Zueignung hat. Von besonderer Tragweite wird diese Eigenart des Anstifterdolus, wenn jemand z. B. ohne Aneignungsabsicht einen Handlungsunfähigen zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache anstiftet.[2])

4. Der Täter schafft durch die Tat eine Vermutung seines auf den Erfolg gerichteten Willens gegen sich, die man getrost als eine praesumtio iuris et de jure bezeichnen darf. Denn der Mensch ist ein wollendes Wesen. Anders der Anstifterdolus. Da die Tat nicht

[1]) Binding im Gerichtssaal Bd. 71 S. 18.

[2]) vgl. Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts Allgem. Teil 7. Aufl. 1907 S. 171.

zugleich ein Werk seiner Hände ist, sondern das einer fremden Persönlichkeit, der Anstifter vielmehr nur in unsichtbaren, geistigen Kräften Gemeinsamkeit mit der Tat hat, so bildet die Tat allein ein spärliches Argument für das Vorhandengewesensein des Dolus beim Anstifter. Es ist die prägnante Eigenart des Anstifterdolus das psychische Dunkel des anstifterischen Seelenlebens, welches auch durch die vollendete Tat eine Erhellung in dem Maße nicht erfährt wie das des Täters durch seine Tat. Das Seelenleben aber bleibt jedem Fremden fremd, denn es liegt auf einem Gebiete, „welches als außerhalb der Erscheinung stehend von uns nur geahnt, vermutet, nicht erkannt oder beschrieben werden" kann.[1]) Und dieser Unterschied ist u. E. nicht bloß von theoretischer Wichtigkeit. Denn weil der Anstifter sich durch die Tat nicht notwendig einen Beweis für seinen Dolus entgegenstellt, die Tat aber die einzige Stütze für den Richter ist, die in der Außenwelt wahrnehmbar ist, ist der Richter gezwungen, das Seelenleben des Anstifters zu entwirren, eine Aufgabe, die nur allzuoft ungelöst bleiben wird.

§ 6.

Die Lehre Heilborns und ihre Berechtigung.

Eine besondere Stellung in unserer Kontroverse über den Umfang des Anstifterdolus nimmt Heilborn ein, der eine Mittelmeinung vertritt. Heilborn[2]) sagt:

[1]) Kohler, Studien S. 108.

[2]) Heilborn a. a. O. S. 87.

„Nun ist aber die Anstiftung ein Erfolgsdelikt in dem Sinne, daß sie strafrechtlich erst bedeutsam wird, wenn zu ihrem begrifflichen, auch vom Gesetzgeber m. E. anerkannten Erfolge noch ein weiterer Erfolg — ein strafbares Handeln — hinzutritt. Demnach ist anzunehmen, daß der Anstifter auch dieses Handeln in seinen Vorsatz aufnehmen muß. Er will nicht nur den Entschluß, sondern eine Tätigkeit; er muß sie wollen. Aber nicht mehr, nicht den durch diese Tätigkeit herbeigeführten Erfolg".

Heilborn erblickt also bei der Anstiftung zwei Arten des Erfolges der Anstiftung. Der begriffliche Erfolg ist das Bestimmtsein des Angestifteten; der weitere Erfolg ist ein strafbares Handeln, macht die Anstiftung zu einem Erfolgsdelikte.[1])

Diese Auffassung hat zur Grundlage einen Satz Merkels,[2]) welcher sagt: „Die Strafbarkeit der Anstiftung beginnt mit der Ausführung des Delikts durch den Täter, und sie erhöht sich mit dem Fortgange dieser Ausführung".

Hierzu bemerkt Heilborn[3]): „Der weitere Erfolg

[1]) Was ist damit gefördert, wenn Weinberg (S. 55) die Lehre Heilborns mit den wirren Worten abfertigt: Sein Abweichen von der hier vertretenen Ansicht erklärt Heilborn damit, daß die Anstiftung ein Erfolgsdelikt sei? Nach Weinberg, der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges feststellt, ist die Anstiftung doch wirklich ein Erfolgsdelikt.

[2]) Merkel a. a. O. S. 147.

[3]) Heilborn a. a. O. S. 88.

der Anstiftung fällt zwar zeitlich mit dem Erfolge der Täterhandlung zusammen. Aber nur der Beginn gehört notwendig zum Tatbestand der Anstiftung, und zwar nicht weil er begrifflich das Wesen der Anstiftung ausmacht, sondern weil dieselbe ein Erfolgsdelikt ist. Der Erfolg besteht darin, daß der Täter handelt, nicht daß er vollendet. Demnach muß der Anstifter das Handeln des Täters, nicht die Vollendung seiner Handlung wollen".

Diese Auffassung muß eine Anstiftung, zum fahrlässigen Delikt bejahen. Denn der Vorsatz des Anstifters hat hier nur den Beginn des Handelns zu umfassen. Eine Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ist aber nur dann ausgeschlossen, wenn der Anstifter die vollendete Tat in seinen Vorsatz aufnimmt.

I. Die Ansicht Heilborns überrascht schon äußerlich insofern, als Merkel u. a., die denselben Gedanken aussprechen, wie Berner,[1]) Langenbeck,[2]) Nagler,[3]) sie nicht gefolgert haben.

Der Ausspruch Merkels an einem Beispiele dargelegt: A beabsichtigt einen Einbruchsdiebstahl. Er steigt durchs Fenster. Hiermit beginnt die Strafbarkeit seiner Handlung. Er nimmt das Geld an sich und entfernt sich. Die Strafbarkeit ist zum Höhepunkt gestiegen, der Tatbestand des Einbruchsdiebstahls ist gegeben. Dieses

[1]) Berner, Lehrb. S. 165.

[2]) Langenbeck, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen 1868 S. 53.

[3]) Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen 1903 S. 138.

Höchstmaß der Strafbarkeit trägt den Tatbestand des vollendeten Einbruchsdiebstahls in sich. Falls A aber nur durch das Fenster steigt, dann seine Ansicht aufgibt, so hat zwar auch hier schon die Strafbarkeit begonnen, aber niemand darf auf diesem Beginn der Strafbarkeit den Tatbestand des Einbruchsdiebstahls schließen. U. E. ist es nicht angängig, aus dem Beginn der Strafbarkeit einer Handlung den Tatbestand dieser Handlung zu folgern. Nur dann kann dieser Schluß richtig sein, wenn die Strafbarkeit der Handlung in der dieser eigenen Richtung nicht mehr gesteigert werden kann, d. h. wenn das Delikt vollendet ist. Denn dann ist erst der Tatbestand gegeben, dessentwillen die Strafe eintritt. Soll also auf den Tatbestsnd der Anstiftung geschlossen werden, so ist dies nur möglich, wenn aus dem Höchstmaß der Strafbarkeit, d. h. aus der vollendeten Haupttat, auf den Tatbestand der Anstiftung geschlossen wird. Erst die Haupttat gibt den ganzen Tatbestand der Anstiftung. Die Haupttat in ihrer Vollendung ist demnach ein Tatbestandsmerkmal der Anstiftung.[1])

[1]) Daß, wie v. Bar a. a. O. S. 44/45 sagt, der physische Täter erst dann im wahren Sinne des Wortes angestiftet ist, wenn er eine Versuchshandlung vornimmt, ist völlig richtig. Diese Wahrheit im Sinne des Wortes der Anstiftung braucht aber nicht gegen die Wahrheit des Gesetzes anzukämpfen hinsichtlich des Umfanges des Anstiftervorsatzes, und sie steht ja auch rechtlich in keinem Widerspruche zu diesem Umfange; denn eine Anstiftung zum versuchten Verbrechen setzt begrifflich das Wollen des beendeten Delikts voraus.

II. Als zweites Argument stellt sich der Meinung Heilborns das Kausalitätsproblem entgegen.

Eine Mitursache, so wollte Heilborn die Tätigkeit des Anstifters bezeichnet wissen, sollte das Verhalten des Anstifters für den vom Angestifteten gefaßten Entschluß sein. „Auch wenn man in der Anstiftung eine Mitursache des vom Angestifteten gefaßten Entschlusses erblickt, ist aber die Tat des letzteren nicht die des Anstifters", wendet Heilborn[1]) ein. Kein Zweifel, sie ist es nicht, denn alle zusammen haben erst die Tat verursacht. „Derselbe", so fährt Heilborn fort, „will nicht das nämliche wie der Täter; er ist deshalb nicht wie dieser zu behandeln."

Das ist nicht der Fall. Allerdings können die Motive des Anstifters und die des Angestifteten weit voneinander verschieden, andere sein, das ändert aber daran nichts, daß Anstifter und Täter in dem Willen der Tat sich treffen. Selbst in den Fällen, in denen der Anstifter an dem Verbrechen als Verbrechen kein selbständiges Interesse hat, muß zugegeben werden, daß er auch hier die Tat will, da er nur so seine Absicht, seinen eigentlichen Erfolg wollen kann, und Heilborn schränkt seine Behauptung ein, wenn er sagt[2]): „Der Anstifter tut nicht nur etwas anderes als der Täter, sondern er will auch etwas anderes, zum mindesten muß er nicht das nämliche wollen".

[1]) Heilborn a. a. O. S. 76.

[2]) Heilborn a. a. O. S. 85.

Offenbar denkt Heilborn an den dolus des Anstifters bei Absichts- oder Zweckdelikten. Wir haben oben die Verschiedenheit des Anstifterdolus vom Täterdolus hervorgehoben und dabei betont, daß der Anstifter bei Absichtsdelikten nicht die Absicht haben brauche, die vom Täter gefordert werde. Aber diese Ausführungen beweisen doch nichts gegen den von uns hinsichtlich der Tat geforderten dolus des Anstifters. Ob der Anstifter die Absicht der rechtswidrigen Zueignung hatte oder nicht, ist für unsere Frage vollkommen gleichgültig, „da es für den Anstifter gar nicht darauf ankommt, daß er den Angestifteten zur Verwirklichung seines (des Anstifters) Vorsatzes, sondern nur zur Begehung des vom Angestifteten verübten Verbrechens bestimmt".[1]) Der Anstifter will nur, daß ein Verbrechen von einem anderen begangen werde, den objektiven Bestand des Verbrechens. „Eine Absicht, die Sache einem Fremden anzueignen, genügt ebenso wie die Absicht, sie sich selbst anzueignen."[2]) Jedenfalls hat der Anstifter auch hier den Dolus der Tat. Ob er die gestohlene Sache für sich haben wollte oder nicht, dies kann von Wichtigkeit werden nach der Tat.

Kehren wir nun zur Mitursache zurück. Der Anstifter ist bewußt mitwirksam geworden zu einem Er-

[1]) Binding, Grundriß S. 171; derselbe, Normen Bd. 2 S. 469/70; ebenso Glaser a. a. O. S. 119, 114; Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen Strafrechte 1883 S. 103.

[2]) Kohler im Arch. f. Strafrechtsw. 1908 S. 6.

folge, dessen Bild zuerst in seinem Kopfe entstand; denn weil es entstand, wurde er mitwirksam. Der Täter ist die Ursache der Tat. Da aber die Ursächlichkeit des Täters ermöglicht wurde durch die gewollte Mitwirksamkeit des Anstifters zum Entschlusse des Täters, so ist der Anstifter auch wollend mitwirksam geworden zum Erfolge des Entschlusses des Täters, der Tat. Sein Vorsatz umfaßt die Tat. Wer, wie Heilborn, zwischen der Tätigkeit des Anstifters und dem Erfolge, der ja auch nach Heilborn nicht in dem bloßen Bestimmen, sondern schon im Handeln des Täters besteht, Kausalität annimmt, für den ist eine andere Lösung der Frage, als es die unsere ist, vollends undenkbar. Denn wer bewußt und wollend kausal wird, dessen Wille geht notwendig auf den Erfolg des kausalen Verhaltens in seinem normalen Ende, das die Tat ist. Sonst könnten wir von einer bewußten und gewollten Kausalität nicht reden. Wenn Heilborn[1]) behauptet, die Folgerung, der Vorsatz des Anstifters müsse die Tat umfassen, daraus, daß der Anstifter zur Tat mitwirke, sei nicht schlüssig, weil die Mitwirksamkeit des Anstifters zur Tat bestehe in der Hervorrufung des Entschlusses, so ist das ein Streit um Worte. Der Wille des Menschen verfolgt Zwecke, die seiner Vernunft entsprechen, mögen sie gute oder schlechte sein. Mit Recht sagt Bierling: „Wer behauptet, daß immer nur als gewollt gelten könne, was der Wille unmittelbar wirke, der muß auch

[1]) Heilborn a. a. O. S. 93, ebenso S. 95.

darauf verzichten, irgendeine äußerlich wahrnehmbare Körperbewegung als gewollt zu charakterisieren".[1]) Und Heilborn[2]) sagt ja selbst: „Wer einem anderen das Messer ins Herz stoßen will, erwartet auch, daß er gut stoßen werde". „Jene Erwartung, ein subjektives Moment, liegt jeder auf einen Zweck gerichteten Handlung zugrunde."

Allerdings geht der Wille aufs Stoßen, doch dieser real erkennbare Wille ist nicht der einzige, ganze Wille des Mörders. Die Tat endet hier, nicht auch der Wille, denn der Mörder stößt nicht, um zu stoßen. Der Mörder mordet nicht, um zu morden, er mordet, weil er den Tod will. Und ebenso der Wille des Anstifters. Das Wollen des Entschlusses des Anzustiftenden ist nur ein notwendiger Bestandteil des Wollens der Tat. Gewolltes Mitwirken zur Hervorrufung des Entschlusses zur Tat heißt ebensoviel wie bewußtes Mitwirken zum gewollten Erfolge des Entschlusses, zur gewollten Tat.

Die Anstiftung als Erfolgsdelikt im Sinne Heilborns existiert objektiv überhaupt nicht, da es gar nicht denkbar ist, den Kausallauf an einer beliebigen Stelle zu hemmen und hier einen alleinigen Erfolg der Anstiftung zu konstatieren. Wenn aber der Tatbestand der Anstiftung mit dem Beginne des Handelns des Täters erfüllt sein sollte, wäre kein Grund einzusehen, es erschiene ungerecht, daß die Strafbarkeit dieses Erfolges

[1]) Bierling a. a. O. S. 105.

[2]) Heilborn a. a. O. S. 56.

sich erhöhen sollte mit dem Fortgang der Ausführung. Aber dieses Wachsen der Strafbarkeit der Anstiftung ist eine unverkennbare Wirkung der Kausalität, wiederum ein Beweis dafür, daß Kausalität für den Entschluß, Kausalität für die Betätigung des Entschlusses, die Tat ist. Da die Kausalität gewollt ist, ist auch ihr Erfolg gewollt; der Vorsatz umfaßt die Tat. Wir kommen zu folgendem Resultate: Der Kausalzusammenhang schließt die Annahme der Anstiftung als Erfolgsdelikt in dem Sinne, daß der Erfolg nicht gleich der Tat ist, aus!

III. Mit einiger Spannung erwarten wir, wie Heilborn die gleiche Bestrafung des Anstifters mit dem Täter rechtfertigen wird, die u. E. ein erhebliches Minus gegenüber der Strafe des Täters sein müßte, da der Anstifter nach Heilborn ja gar nicht die Tat will, sondern nur den Beginn der Anführungshandlung durch den Täter.

Aber auch schon der Gedanke, daß nach der Lehre Heilborns der Anstifter, dessen Vorsatz das ganze Verbrechen umfaßt, nur ebenso bestraft werden soll wie der, welcher den Anfang der Handlung will, und umgekehrt, dieser ebenso hart wie jener, kann uns nicht mit der Ansicht Heilborns befreunden, da unser Rechtsgefühl eine gesonderte Behandlung dieser beiden Anstifterkategorien fordern würde.

Heilborn[1]) sagt: „In der Bewertung des Schuld-

[1]) Heilborn a. a. O. S. 89.

anteils eines Verbrechers ist der Gesetzgeber frei. Der Wille, den verbrecherischen Entschluß in einem Menschen hervorzurufen, kann ihm so schwerwiegend erscheinen, daß er von dem weiteren, auf den verbrecherischen Gesamterfolg gerichteten Vorsatz absieht".

Zwar sind dies Worte aus der Fehde Heilborns gegen Birkmeyer entnommen, doch lassen sie Streiflichter fallen auf die Ansicht Heilborns über die gleiche Bestrafung des Anstifters mit dem Täter. Wir setzen im Gegensatz zu Korn den von Heilborn geforderten objektiven Bestand seines Erfolgsdelikts, ein Handeln des Täters, als vom Gesetzgeber bei der Bestrafung berücksichtigt voraus — denn sonst hätten wir gesetzliche Gedankenstrafen — und beschränken unsere Untersuchung auf den Vorsatz des Anstifters.

Die Freiheit des Gesetzgebers kann nicht geleugnet werden. Freiheit ist jedoch nicht Willkür, Willkür aber wäre es, wenn der Gesetzgeber den Willen in dem von Heilborn geforderten begrenzten Sinne herausgegriffen und für diesen allein die Strafe festgesetzt hätte, obgleich der Wille des Anstifters weiter reichte. Denn auch Heilborn erkennt ja einen weiter reichenden Willen, den Vorsatz des Anstifters, der den Anfang der Ausführung umfaßt, an.

„Um bestraft werden zu können, muß man nicht 10 Points auf sein Konto gebracht haben!" [1])

[1]) Heilborn a. a. O. S. 89.

Kein Zweifel! Aber wenn einmal 10 Points auf das Konto gebracht sind, so sind bei der Höhe der Strafe auch alle 10 Points zu berücksichtigen. Es kann nicht für 5 Points ebenso bestraft werden wie für alle 10 zusammen, vorausgesetzt natürlich, daß die restierenden 5 Points das Konto erhöhen. Daß aber der Vorsatz, der über das Bestimmen hinaus sich erstreckt, strafwürdiger ist als der Vorsatz, der nur das Bestimmen umfaßt, kann nicht in Frage gestellt werden. Eine Freiheit des Gesetzgebers in solchem Umfange könnte keine Rechtsordnung schaffen, deren Inhalt Recht und Gerechtigkeit sind. Die Ansicht Heilborns ist um so auffallender, als er nicht einmal die Nichtberücksichtigung des sittlichen Maßstabes dem Gesetzgeber ohne zwingende Gründe zugetraut wissen will.[1]) Die Gerechtigkeit ist aber nicht nur ein Postulat der Sittlichkeit, sondern die erste und höchste Grundwahrheit eines jeden Rechts!

Mit Recht sagt Gretener[2]): „Es geht die überlieferte Rechtsanschauung von dem Gedanken des Ebenmaßes zwischen Schuld und Strafe aus". „Ungleiche Schuld fordert aber ungleiche Strafe", sagt Binding.[3])

Wozu gab der Gesetzgeber denn Kausalität, die das Wollen des Anstifters hinsichtlich des Erfolges der anstifterischen Tätigkeit in ihrem Ende, der Tat, notwendig in sich schließt, wenn er diese Kausalität, die

[1]) Heilborn a. a. O. S. 76.

[2]) Gretener, Horizonte S. 107.

[3]) Binding im Gerichtssaal Bd. 71 S. 18.

eine Bestrafung überhaupt erst ermöglicht, nur zu einem Teil, dem Bestimmen des Anzustiftenden, bei der gleichen Bestrafung berücksichtigen wollte! Gerade die schuldhafte Kausalität des Anstifters bildet ja das Moment der Rechtfertigung der gleichen Bestrafung. Nur dann kann von einem Ebenmaß zwischen Schuld und Strafe beim Anstifter die Rede sein, wenn der durch die frei gewollte Kausalität des Anstifters betätigte Wille der Tat des Täters das Kriterium der Strafe bildet.

IV. Sowenig § 48 StGB. einen Anhalt für die Lehre Heilborns bildet, sowenig kann diese der Psychologie des Anstifters gerecht werden. Die Gründe, die wir oben anführten, gelten auch an dieser Stelle.

V. Setzen wir nun die Theorie Heilborns in die Praxis um. Die Anstiftung ist mit dem Beginn der Strafbarkeit vollendet. Wenn der Angestiftete also einmal zu handeln begonnen hat, so ist der Anstifter für den Enderfolg zu strafen, falls dieser eintritt. Bedenken muß die Auffassung Heilborns in Fällen erregen, in welchen jemand zwar äußerlich zu einer bestimmten vollendeten Tat angestiftet hat, aber die Tat nicht zur Vollendung kommen lassen will, des weiteren jedoch an seiner den Eintritt des Erfolges hemmenden Tätigkeit gehindert ist. A stiftet z. B. aus Scherz oder um zu schrecken B an, bei seinem Freunde C einen Einbruchsdiebstahl zu verüben. A hat dabei die feste Absicht, sich in dem Hause des C einzufinden und den

Angestifteten auf das Eindrücken der Fensterscheiben zu beschränken. Unglückliche Zufälle machen dem A sein Erscheinen unmöglich. Nach Heilborn muß A wegen Anstiftung zum Einbruchsdiebstahl bestraft werden, denn der Vorsatz des Anstifters braucht ja nur den Beginn der Ausführungshandlung des Angestifteten in sich aufzunehmen, und das war bei A der Fall. Da aber in Wirklichkeit A gar nicht die Absicht des Einbruchsdiebstahls hatte, so bedeutet u. E. diese Bestrafung eine Härte insofern, als der „Anstifter" A, der sich in dem erwähnten Falle immerhin nur einen Scherz leisten wollte, mag dieser an sich auch noch so verwerflich sein, einem böswilligen, das Verbrechen erhoffenden Anstifter gleichgestellt wird, der die Anstiftung begeht, weil er zu feige ist, selbst einzubrechen, und in seiner Bosheit andere zu Verbrechern macht. Wir stimmen den Ausführungen des Reichsgerichts[1]) bei, die zwar speziell gegen die Auffassung derer gerichtet sind, welche den Erfolg der Anstiftung im Bestimmen erblicken, aber doch auch der Theorie Heilborns gelten: „Es würde sogar derjenige wegen Teilnahme strafbar sein, welcher gerade in der Absicht, die Ausführung der Straftat zu verhindern, gehandelt hätte, weil auf diese Absicht nichts ankäme, und auch von ihm gesagt werden könne, er habe im Bewußtsein gehandelt, daß der Täter die Ausführung der Tat wollte, also ein strafbarer Ver-

[1]) RGE. Bd. 15 S. 316.

such die Folge seines Handelns sein werde. Daß diese Ergebnisse vom Gesetz gewollt seien, ist nicht anzunehmen; sie erscheinen mit den Grundprinzipien des Strafrechts nicht vereinbar."

Haben wir die ungerechtfertigte Härte der Theorie Heilborns in dieser praktischen Richtung festgestellt, so wollen wir uns im folgenden mit der Entscheidung des Falles nach unserer Anschauung vom Anstifterdolus beschäftigen. Das Resultat liegt auf der Hand: Nach unserer Definition des Anstifterdolus muß eine Anstiftung zum Versuch in dem Sinne, daß der Anstifter nicht auf Vollendung des Delikts rechnete, straffrei bleiben, denn der Vorsatz besteht eben in dem Voraussehen bezw. Wollen des Erfolges, der die Tat ist. In der glücklichen Lage unserer Gegner, welche die Straflosigkeit mit der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges rechtfertigen, sind wir nicht; doch brauchen wir unsere Gegner nicht zu beneiden. Das Gesetzbuch steht nicht auf jenem extrem-indeterministischen Standpunkte, sondern ist vernünftig indeterministisch. Wir streben im Gegensatz zu Katzenstein[1]) nicht an, die Straffreiheit einer Anstiftung zum Versuch im oben erwähnten Sinne zu rechtfertigen, weil es uns nicht gelingen kann. Wir müssen uns damit begnügen, darzulegen zu versuchen, daß die Straflosigkeit mit dem Prinzipe des § 48 nicht in offenbarem Widerspruche steht.

[1]) Katzenstein a. a. O. S. 406.

Unser Strafgesetzbuch legt den Nachdruck auf den Willen. Das geht bezüglich des Angestifteten daraus hervor, daß es die Anstiftung nicht als intellektuelle Urheberschaft auffaßt. Bezüglich des Anstifters spricht die gleiche Bestrafung desselben mit dem Angestifteten dafür, daß das subjektive Plus, der Wille ersetzt, was das objektive Minus fehlen läßt. Daraus folgt aber, daß der Angestiftete in jedem Falle der gewollten vorsätzlichen Tat sich als Täter zu verantworten hat, daß dagegen der Anstifter, falls sein Dolus die Tat nicht umfaßt, seinem Willen entsprechend nicht so bestraft werden kann wie der Angestiftete, der eben die Wahl seines freien Willens zu verantworten hat. „Das Gesetz straft bei dem Versuche, in Ermanglung der Tat lediglich den durch Versuchshandlungen betätigten Willen; es wäre aber prinziplos, beim Anstifter auch von diesem Willen ganz abzusehen, also Strafe zu verhängen, wo beides fehlt — Tat und Wille.“[1])

Nun wird man gegen diese Ausführung des Reichsgerichts einwenden, es sei doch ein Wille da, der zwar nicht auf die Tat gehe, aber doch auf den Versuch des Delikts gerichtet wäre. Freilich, der nächste Gedanke ist zweifellos eine Bestrafung wegen Anstiftung zum Versuch. Doch auch diese Möglichkeit ist genommen, denn der Versuch erfordert ebenso das Wollen des beendeten Delikts, darin besteht ja eben das Wesen des Versuchs, daß er eine Beziehung des Willens zu einem

[1]) RGE. Bd. 15 S. 317.

in der Zukunft liegenden nicht erreichten Erfolge darstellt.[1]) So finden wir bestätigt, was wir von vornherein bemerkt: die Straflosigkeit des Anstifters steht zwar nicht dem vernünftig-indeterministischen Prinzipe des Strafgesetzbuchs ganz und gar entgegen, doch müssen wir uns mit der Feststellung begnügen, daß die Straflosigkeit des Anstifters zum Versuch im oben erwähnten Sinne eine vom ethischen wie kriminalpolitischen Standpunkte gleich bedauernswerte Lücke des Gesetzes ist.[2]) Andererseits empfinden wir unsere Lösung immerhin als eine glücklichere gegenüber der harten Schlüssigkeit der Auffassung Heilborns. Denn es ist besser, überhaupt nicht zu strafen, als unverdienterweise über das Maß strafen zu müssen.

§ 7.

Die Möglichkeit der Anstiftung zum fahrlässigen Delikte nach Birkmeyer, Binding, Olshausen, Beling, Hermes und Hälschner.

Im folgenden werden wir uns mit einer Reihe von Juristen zu beschäftigen haben, die insgesamt den Umfang des Anstifterdolus entschieden auf die Tat ausgedehnt wissen wollen, trotzdem aus anderen Rück-

[1]) Ebenso RGE. Bd. 17 S. 378.

[2]) Langenbeck, Teilnahme S. 178—180. Wir stimmen den Ausführungen Langenbecks völlig bei, aber in dem Sinne, daß sie der lex lata gegenüber petitio principii bedeuten.

sichten eine Anstiftung zum fahrlässigen Delikte einräumen, unbewußt, daß sie sich durch ihre Auffassung des Anstifterdolus folgerichtig der Grundlage für die Annahme einer solchen Anschauung beraubt haben.

Es sind dies Birkmeyer, Binding, Olshausen, Beling, Hermes und in gewissem Sinne, wenigstens äußerlich, auch Hälschner.

I. Birkmeyer[1]) erklärt den Dolus des Teilnehmers dahin, daß dieser den verbrecherischen Gesamterfolg vorausgesehen und gewollt haben müsse.

Für die Anstiftung zum fahrlässigen Delikte führt Birkmeyer zwei Argumente an.[2])

1. Das erste besteht in einer Auslegung des „Bestimmens" des § 48 StGB. Birkmeyer sagt: „Wenn also das positive Recht nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, so haben wir anzunehmen, daß der Täter von der Anstiftung nichts zu wissen braucht, daß ein gegenseitiges Bewußtsein und Wollen des Zusammenwirkens zwischen Täter und Anstifter nicht erforderlich ist. Hieraus ergibt sich dann aber die wichtige Konsequenz, daß nach unserem Rechte Anstiftung und Beihilfe auch zu fahrlässiger Täterschaft strafbar sind. Begrifflich ausgeschlossen wäre dies nur, wenn, was nicht der Fall ist, eine Willenseinigung zwischen Täter und Teilnehmer erforderlich wäre. Gesetzlich verlangt ist der Dolus des

---

[1]) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme S. 128.

[2]) Birkmeyer a. a. O. S. 140.

Täters nicht. Folglich ist es unbegründet, ihn zu postulieren".[1])

Zu dieser Ansicht Birkmeyers bemerkt Katzenstein,[2]) sie sei zwar völlig richtig, aber sie beweise nichts für unsere Frage.

Wir bestreiten beide Äußerungen Katzensteins und fassen zunächst die letztere ins Auge. Wenn eine Anstiftung in der von diesen Autoren vertretenen Ansicht noch eine Anstiftung ist, so muß sie es auch bleiben mit ihren Folgen. Daraus aber, daß der Angestiftete nicht zu wissen brauche, daß er angestiftet sei, ergibt sich mit Notwendigkeit, daß der „Angestiftete" nicht wissen brauche und gar nicht wissen könne, wozu er angestiftet sei. Denn der in die Tat umzusetzende Wille des Angestifteten ist eine Größe, für die sich kein Maß anlegen läßt. Niemand kann behaupten, — mag die Lage der Umstände auch noch so für seine Ansicht sprechen, — nun muß der Anzustiftende erkennen, wo ich hinaus will. Ob der Betreffende das zu erkennen vermag, das hängt ganz von seiner Auffassungsgabe ab, die eine verschiedene ist, je nach der Veranlagung des Individuums. Nicht jeder, der einen Beutel Goldes sieht,

[1]) Beling, Lehre vom Verbrechen S. 431; Borchert a. a. O. S. 70; Olshausen zu § 48 Anm. 18; Oppenhoff zu § 48 Nr. 2; Rüdorff, StGB. für das Deutsche Reich 4. Aufl. 1892 S. 158 IX, 162 IV, freilich in Widerspruch mit S. 163 Anm. 8; Weinberg a. a. O. S. 67.

[2]) Katzenstein a. a. O. S. 381.

muß ihn nehmen. Der eine sieht ihn und geht vorbei, ein anderer bringt ihn zur Fundstelle, ein anderer sieht ihn überhaupt nicht, ein vierter nimmt einen Teil des Goldes, ein fünfter nimmt ihn ganz. Aber ebenso mannigfach können die Ideen dessen sein, von dem dieser Beutel herrührt. Der eine verliert ihn, der andere wirft ihn weg, ein anderer hat ihn vergessen, ein vierter hatte ihn gestohlen und reuevoll zurückgetragen, ein fünfter will in Versuchung führen, er will „anstiften". Es muß demnach als ein Zufall angesehen werden, wenn der „Angestiftete" tut, was der „Anstifter" will. Das Gesetz der Äquivalenz zwischen Ursache und Wirkung des Naturalkausalismus kann auf das Gebiet psychischen Einwirkens nicht übertragen werden. Denn „die Handlungen des Menschen erfolgen gemäß der Natur, seines individuellen Charakters".[1]) Wäre dieses Zufallsgebilde noch eine Anstiftung, so wäre auch eine Anstiftung zum fahrlässigen Delikt denkbar. Daß dies aber eine Anstiftung nicht ist, geht daraus hervor, daß der Anstifter Zufälligkeiten nicht wollen kann im Sinne des Strafrechts. Wenn Katzenstein sogar behauptet, auch der vorsätzlich handelnde Angestiftete brauche von einer Anstiftung nichts zu wissen, so können wir uns diesen Gedankengang nur so erklären, daß Katzenstein „Einwirken" und „Bestimmen" als identische Begriffe behandelt. Einwirken kann man auf jemanden, ohne daß dieser zu wissen braucht von der Einwirkung, aber

[1]) Haupt in Zeitschr. Bd. 15 S. 572.

zum Begriff des Bestimmens fordern wir eine Beantwortung des „Wohin“ und „Woher“ durch den Bestimmten. Es mag an der Auffassung Katzensteins die wenig markante Sprechweise des täglichen Lebens schuld sein, jedenfalls ist sie eine irrige. Denselben Fehler begeht Herzog,[1]) welcher sagt: „Die Teilnahmehandlungen des Anstifters und Gehilfen stehen keineswegs in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis zur Tat“.

Das Verbrechen bildet den notwendigen Inhalt des Bestimmens, welches eben erst zur Anstiftung wird, wenn der nunmehr Angestiftete die Tat begeht auf Grund dieser Bestimmung, d. h. wenn der Angestiftete den Willen des Anstifters mit seinem Willen realisiert, und nicht nur realisiert als sein eigenes Verbrechen, sondern auch als Verbrechen des Anstifters. Die Notwendigkeit der Übereinstimmung der beiden Willensrichtungen geht schon aus dem Wesen der Anstiftung als einer Teilnahmehandlung hervor, die begrifflich eine geistige Gemeinschaft des Teilnehmers mit dem Täter fordert, „weil der Begriff des Teilnehmers einen verbrecherischen, mithin mit dem bei dem Verbrechen erforderlichen Vorsatze handelnden Täter voraussetzt“.[2]) Die Tat des Angestifteten bildet den Mittelpunkt, nach dem Anstiftung und Beihilfe hinzielen. Durch sie erhalten diese Nebenhandlungen erst ihr juristisches Ge-

[1]) Herzog im Gerichtssaal Bd. 28 S. 322.

[2]) Goltdammers Arch. Bd. 8 S. 204.

präge. Erfordernisse aber, die dieser Nebenhandlung wesentlich sind, müssen um so mehr Eigenschaften der Haupttat sein. Es ist nicht denkbar, daß ein „Akzessorium mit dem Charakter der Vorsätzlichkeit bei einem nur fahrlässigen Hauptverbrechen bestehe“.[1]) Schon das Sprachgefühl wehrt sich dagegen, von der „vorsätzlichen Anstiftungstätigkeit als der unselbständigen Teilnahme an der fahrlässigen Tat“[2]) zu sprechen. Soweit die Fahrlässigkeit des Täters reicht, kann aber von einer Gemeinsamkeit des Willens beider keine Rede sein; „niemand kann die culpa eines anderen, die ja immer ein durchaus individueller Seelenzustand ist, in sich aufnehmen“.[3])

So steht denn auch die gemeine Meinung durchaus auf der hier vertretenen Anschauung. „Der Anstifter muß wollen, daß der unmittelbare Täter jenen Entschluß fasse, welcher vorhanden sein muß, damit von doloser Verübung gerade dieses Verbrechens gesprochen werden kann.“[4]) Aber „nicht das lediglich beiderseitige, für jeden einzelnen aber einseitige Bewußtsein, sondern erst gemeinsam gewußtes und gewolltes — sozusagen verständigtes Zusammenwirken von Willen und Tat — bildet das Kennzeichen der eigentlichen verbrecherischen

---

[1]) Goltdammers Arch. Bd. 8 S. 204.

[2]) Katzenstein a. a. O. S. 380.

[3]) Goltdammers Arch. Bd. 13 S. 365.

[4]) Glaser Bd. 1 a. a. O. S. 113.

Mitwirkung".[1]) „Die Tat hat daher sowohl in dem Willen des Anstifters als in dem des Täters ihren Entstehungsgrund jedoch dergestalt, daß der Wille des Täters durch den Willen des Anstifters bestimmt worden ist, beide aber in derselben Richtung der Absicht übereintreffen."[2])

2. Auch das zweite Argument Birkmeyers[3]) trifft nicht zu: für den Fall der Anstiftung scheine sogar die Erwägung, daß die „Herbeiführung" oder „Beförderung eines Irrtums" (§ 48) nach § 59 RStGB. möglicherweise eine Fahrlässigkeit des Angestifteten bestehen lassen könne, direkt auf die gesetzliche Anerkennung einer Anstiftung zu fahrlässigen Verbrechen hinzuführen.

Die Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums kennzeichnet sich durch die Stellung in § 48 RStGB. als ein Anstiftungsmittel. Anstiftungsmittel aber haben nur den Zweck, den Willen des Anzustiftenden für die Tat

[1]) Schütze, Notwendige Teilnahme S. 189.

[2]) v. Schwarze, Komm. z. StGB. für das Deutsche Reich 5. Aufl. 1884 S. 130. In gleichem Sinne Bruck a. a. O. S. 113; Finger a. a. O. S. 344; Foinitzky in Zeitschr. Bd. 12 S. 57—60; Geyer, Grundriß S. 136; Goltdammers Arch. Bd. 5 S. 50, Bd. 13 S. 264; Hälschner a. a. O. S. 103, System des preuß. Strafrechts Bd. 1 S. 346; Langenbeck a. a. O. S. 148, 172; Luden, Abhandlungen S. 350; Merkel, Lehrb. S. 147; Hugo Meyer, Lehrb. S. 180; Otto, Aphorismen z. Allgem. Teil des StGB. 1873 S. 84 Anm. 9.

[3]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme S. 141 Anm. 255; Binding, Grundriß S. 171; Hälschner a. a. O. S. 446; Häberlin, Grundsätze des Kriminalrechts 1845 Bd. 1 S. 54.

zu bestimmen; hier hört die Funktion des Mittels auf. Natürlich kann darin, daß der Täter sich durch die Beförderung oder Herbeiführung eines Irrtums zur Tat bestimmen ließ, eine Fahrlässigkeit liegen, aber die Tat als solche, in deren Motiv nur die Fahrlässigkeit liegt, will der Täter stets als vorsätzliche; ein Ausdehnen der Fahrlässigkeit in der Motivation zur Tat auf die Tat ohne das Dazwischentreten eines Vorsatzes ist ausgeschlossen; denn der Angestiftete handelt, weil er den Erfolg seines Handelns will, mag der Grund dieses Willens auch eine Fahrlässigkeit sein. „Der Irrtum ist hier (in § 48) nur insofern Anstiftungsmittel, wenn der Angestiftete trotz des Irrtums die Tat mit dem Tatbestandsdolus verübt hat.“ [1]) „Nicht ein Irrtum über die Folgen der Handlung ist gemeint, sondern ein Irrtum über Tatsachen, welche Motive der Handlungen werden können“;[2]) der Irrtum darf sich deshalb nicht auf Tatbestandsmomente beziehen.[3]) Selbst Borchert,[4]) dessen Stellung zu unserer Frage durch eine Auslegung im Sinne Birkmeyers eine wesentliche Stütze erhalten würde, kann sich hierzu nicht verstehen, insofern er bei

[1]) RGE. Bd. 23 S. 175.

[2]) Heilborn a. a. O. S. 70.

[3]) Goltdammers Arch. Bd. 8 S. 204, Bd. 13 S. 264, Bd. 26 S. 51; Langenbeck a. a. O. S. 156; Hugo Meyer, Lehrb. S. 201; Otto a. a. O. S. 86; Rüdorff a. a. O. S. 163 Nr. 7; Rechtspr. d. OTr., Oppenhoff Bd. 18 S. 690; v. Schwarze a. a. O. S. 136.

[4]) Borchert a. a. O. S. 74.

der Anstiftung durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums noch ein eigenes, konkurrierendes Verschulden des Täters in bezug seiner Unkenntnis des betreffenden Tatbestandsmerkmals verlangt.

II. Nach Binding[1]) ist Anstifter derjenige, der mit Täter- oder Urhebervorsatz einen anderen zu dem von diesem begangenen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verbrechen bestimmt hat.

A. Demgemäß unterscheidet Binding zwei Gruppen von Anstiftern: solche, die den Täterdolus, und solche, die den Urheberdolus haben.

1. Den Täterdolus des Anstifters kennzeichnet Binding[2]) folgendermaßen: „Sofern der Anstifter erfolgreich mit Täterwillen zur Ausführung determiniert hat, wird er in Wahrheit unmittelbarer Täter", „der Täter begeht das Verbrechen, es ist seine individuelle Tat, sein konkreter Verbrechensentschluß kommt hierin zur Verwirklichung".[3])

Daß aber der vorsätzliche Täter — denn das ist der Anstifter nach Binding — eine fahrlässige Tat wollen kann, ist nicht einzusehen.

2. Der Urheberdolus bildet nach Binding[4]) ein Surrogat für den Täterdolus: „Fehlt dem Anstifter der Täterwille, so handelt er mit Urhebervorsatz", „für ihn

[1]) Binding, Grundriß S. 170.

[2]) Binding a. a. O.

[3]) Binding im Gerichtssaal Bd. 71 S. 14, 17.

[4]) Binding, Grundriß S. 170, 3.

ist das begangene Verbrechen eine fremde Tat, die er nur verursacht hat. Daß sie geschah, entsprach seinem Willen; sie zu begehen, war er nicht gewillt".[1])

Auch der Urheberdolus Bindings verbietet die Annahme einer Anstiftung zum fahrlässigen Delikt. Denn wenn der Urheber auch die Tat zu begehen nicht gewillt ist, so entspricht sie doch seinem Willen. Der Wille der Tat schließt den Willen der fahrlässigen Tat aus.

Ob dieser Dualismus Bindings in der Anstiftungslehre durch § 46 StGB. gerechtfertigt ist, kann hier nicht erschöpfend erörtert werden. Das aber sei hervorgehoben, daß der Täterwille des Anstifters gegenüber dem Akzessorium der Anstiftung des Reichsstrafgesetzbuchs petitio principii ist, daß ferner Binding nicht erklären kann, warum nach § 48 sowohl derjenige, der mit Täterdolus, als auch derjenige, der nur mit dem Urheberdolus angestiftet hat, mit gleicher Strafe bedroht sind. Daß Nagler[2]) von der Zwiespältigkeit des Anstiftungsbegriffs nach dem Reichsstrafgesetzbuch spricht, hat seine Berechtigung; denn die Anstiftung ist mehr als die Beihilfe, objektiv weniger als die Tat. Wenn Nagler aber der Anschauung ist, daß weder ein theoretisches noch praktisches Bedürfnis dazu bestehe, die Urtypen des Täters und Gehilfen noch durch den Begriff

[1]) Binding im Gerichtssaal Bd. 71 S. 14, 17.

[2]) Nagler a. a. O. S. 135.

des Anstifters zu vermehren, Binding[1]) von dem Anstifter als einem „fatalen Zwitterwesen“ spricht, kann ihnen hierin nicht beigestimmt werden. Denn die Handlungsweise des Anstifters hat so viel Eigentümliches, „daß es ein methodologisches Bedürfnis wäre, auch wenn nicht die Anschauungsweise des gewöhnlichen Lebens dazu Anstoß gegeben hätte, die Anstiftung als besondere Art der Teilnahme hervorzuheben. Hier gerade hat auch die ethische Wertschätzung der verschiedenen Begehungsweisen eines Verbrechens ihren Einfluß geäußert“.[2])

B. Die beiden äußeren Argumente, die Binding für die Anstiftung zum fahrlässigen Delikte anführt, erledigen sich nunmehr von selbst.

a) Was den ersten Punkt angeht, das Gesetz erkenne die Möglichkeit an, in § 48 RStGB. durch die Worte „durch Beförderung oder Herbeiführung eines Irrtums“, so glauben wir diese Auffassung schon bei der Stellungnahme gegen Birkmeyer widerlegt zu haben.

b) Was den zweiten Grund Bindings anlangt, der Wortlaut des Gesetzes stehe nicht entgegen, so genügt es, auf folgende Worte Bindings[3]) zu verweisen: „Die denkbar größte Verkennung des Wesens der Anstiftung liegt in der Behauptung, der Wille des Anstifters gehe nur auf die Erweckung des verbrecherischen

[1]) Binding im Gerichtssaal Bd. 71 S. 3.

[2]) Geyer a. a. O. S. 136.

[3]) Binding, Grundriß S. 170.

Entschlusses in einem anderen, gar nicht aber auf die Ausübung des Verbrechens durch den Angestifteten; die Anstiftung des heutigen Rechts ist kein selbständiges Verbrechen gegen die gesetzestreue Gesinnung, sondern Teilnahme an fremder Tat".

Ebenso können wir die Gegnerschaft van Calkers[1]) erledigen, der eine Anstiftung zum fahrlässigen Delikte für gegeben hält, obwohl er bemerkt: „Wer durch psychische Einwirkung auf einen Menschen, der einen Entschluß zu fassen in der Lage ist, bezw. durch dessen dem betreffenden auf das Verbrechen gerichteten Entschluß entsprechende Tätigkeit die Tatbestandsmerkmale herbeiführt, ist nicht Täter, sondern Anstifter". Wenn van Calker nach dieser Definition sich nicht schon als Anhänger der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft bekennt, so kommt er ihr zum mindesten recht nahe. Um so weniger dürfte van Calker unsere Frage bejahen.

III. Auch die Ausführungen Olshausens[2]) sind nicht ohne Widerspruch. Er sagt: „Der Dolus des Anstifters besteht lediglich in dem Willen, den anderen zur Ausführung der betreffenden Straftat zu bestimmen. Demgemäß (?) reicht der Wille zur Bestimmung des Entschlusses des anderen nicht aus, sondern der Dolus des Anstifters muß auf die Verübung der strafbaren Hand-

[1]) van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen 1891 S. 16.

[2]) Olshausen a. a. O. zu § 48 Nr. 14.

lung seitens des Angestifteten ihrem ganzen Umfange nach hinsichtlich der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale sich erstrecken".

Wenn Olshausen nunmehr erklärt,[1]) es erscheine ihm die Annahme, daß eine Anstiftung zum fahrlässigen Delikte nicht denkbar sei, nicht richtig angesichts des § 48 und auch aus inneren Gründen nicht, weil der Angestiftete der Anstiftung sich nicht bewußt zu sein brauche, so hat Olshausen § 48 selbst im entgegengesetzten Sinne interpretiert; den inneren Grund haben wir oben bereits zurückgewiesen. Wenig schlüssig ist es auch, daß Olshausen[2]) den agent provocateur auch dann als Anstifter ansieht, wenn dieser lediglich einen Versuch wollte und dieser sich vollzog, weil der Anstifter nicht den Dolus des Täters zu besitzen brauche.

Aber insbesondere auf folgende Äußerung Olshausens werden wir näher einzugehen haben. Olshausen[3]) fährt nämlich fort: „Allerdings wird häufig die Anstiftung zu einer fahrlässigen Straftat mit der Begehung einer vorsätzlichen strafbaren Handlung, bei welcher der Angestiftete seitens des Täters als Instrument gebraucht wurde, ideal konkurrieren".[4])

[1]) Olshausen a. a. O. zu § 48 Nr. 13 u. 18.

[2]) Olshausen a. a. O. zu § 48 Nr. 14.

[3]) Olshausen a. a. O. zu § 48 Nr. 14.

[4]) Ebenso Beling in Zeitschr. Bd. 18 S. 272; Borchert a. a. O. S. 60; Rubo, Komm. z. StGB. f. d. Deutsche Reich 1879 zu § 48 Nr. 8.

Schon Katzenstein[1]) hat gegen diese Konkurrenz angekämpft: „Die Annahme einer Anstiftung zu fahrlässiger Tat involviert begriffsnotwendig auch die weitere Annahme, daß durch ein solches fahrlässiges Delikt der Kausalzusammenhang unterbrochen würde. Muß man aber diesen Satz als richtig zugeben, so ist es unmöglich, den Anstifter gleichzeitig unter dem Gesichtspunkte der intellektuellen Urheberschaft für das Geschehene verantwortlich zu machen und also anzunehmen, daß der Kausalzusammenhang durch die Tätigkeit des fahrlässigen Werkzeuges nicht unterbrochen würde".

Die Argumentation Katzensteins wäre einwandfrei, wenn ihre Grundlage richtig wäre, daß durch die Annahme einer Anstiftung zu fahrlässigen Delikten begriffsnotwendig der Kausalzusammenhang unterbrochen werde. Ohne nähere Begründung beruft sich Katzenstein auf die Begriffsnotwendigkeit. Unseres Erachtens ist dies eine sehr relative Begriffsnotwendigkeit. Freilich, wer bei der Interpretation des § 48 RStGB. die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges bei vorsätzlichen Handlungen des Täters konstatierte, der wird dem Gesetzgeber auch Inkonsequenz vorwerfen müssen bei fahrlässigen Delikten. Nicht die Begriffsnotwendigkeit ist es, die eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges fordert, sondern der dem § 48 RStGB. untergelegte Ursachenbegriff. Abgesehen davon, daß die Anstiftung zum fahrlässigen Delikt überhaupt kein Be-

[1]) Katzenstein a. a. O. S. 380.

griff ist, ist nicht einzusehen, warum, wenn dieser Begriff gesetzlich sanktioniert wäre, der Kausalzusammenhang unterbrochen sein sollte. Wenn A den B „bestimmt", eine falsche eidesstattliche Erklärung abzugeben, deren Falschheit wohl A, aber nicht B kannte, wo soll hier eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges liegen, wenn B wirklich die Erklärung abgibt? Das Wesen der Anstiftung des § 48 RStGB. besteht gerade im Kausalzusammenhange. Wir weisen auf Heilborn hin, der sehr wohl Kausalität annimmt, trotzdem aber die Anstiftung zu fahrlässigen Delikten bejahen muß. In der Annahme der Kausalität auch bei einer „Anstiftung" zu fahrlässigen Delikten läge nicht nur keine Inkonsequenz, als vielmehr Folgerichtigkeit und Harmonie mit dem Schuldproblem des Reichsstrafgesetzbuchs und unserem Rechtsgefühl.

Jedoch aus folgendem Grunde scheint uns die Idealkonkurrenz Olshausens unmöglich: derselbe Verbrecher hätte als „Anstifter" zum fahrlässigen Delikt gemäß § 48 Abs. 2 RStGB. auch nur die Strafe des fahrlässigen Täters verübt, in seiner Eigenschaft als mittelbarer Täter hätte er die Strafe des vorsätzlichen Täters verwirkt. Demnach hätte derselbe Verbrecher durch ein und dieselbe Handlung die Strafe des fahrlässigen wie die die des vorsätzlichen Täters verwirkt. Das scheint uns ein Widerspruch; denn Vorsatz und Fahrlässigkeit sind keine Begriffe, die in ein und derselben Person bei ein und derselben strafbaren Handlung in derselben

Richtung nebeneinander existieren können, Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Begriffe, die einander ausschließen.

IV. Wir wenden uns nunmehr zu Beling[1]), der sich zu der Entscheidung des I. Senats v. 20. 6. 1892 in folgender Weise verhält. Beling sagt: „In den Gründen heißt es, die Auslegung des § 48 könne nicht zweifelhaft sein. Der Anstifter bestimme einen anderen zur Tat dadurch, daß er in demselben den Willen, die Tat zu begehen, vorsätzlich hervorrufe. Die Tat des Angestifteten sei die Folge der vorsätzlichen Einwirkung des Anstifters auf den Willen des Angestifteten. Folglich sei Anstiftung nur zu vorsätzlichem Tun möglich".

Beling fährt nun fort: „Die Prämisse ist richtig, der Schluß nicht. Denn auch der fahrlässig Handelnde verwirklicht doch einen Willen, dem nur das volle Bewußtsein in der Sachlage abgeht; und dieser Wille kann so gut wie der Wille zu vorsätzlicher Tat von einem anderen hervorgerufen sein. Die Argumentation vertauscht per saltum Willen und Vorsatz".

Die Darlegung Belings ist äußerst vorsichtig und geeignet, im ersten Augenblicke zu bestechen. Jedoch bei näherem Zusehen zeigt sich, daß die zum großen Teil objektiv richtigen Behauptungen Belings unsere Frage nicht treffen.

1. Daß auch der fahrlässig Handelnde einen Willen bei seinem Handeln habe, steht außer Zweifel; denn

[1]) Beling in Zeitschr. Bd. 18 S. 272/73 gegen RGE. Bd. 23 S. 175.

hätte er keinen Willen, so hätten wir auch kein Recht, von seiner Tätigkeit als einer Handlung zu sprechen. Es fragt sich jedoch, worauf dieser Wille gerichtet ist. Geht der Wille auf den Erfolg, so haben wir Vorsatz. Daß aber der Fahrlässige nicht Vorsatz haben kann, ergibt sich aus dem Begriffe der Fahrlässigkeit. Es bleibt demnach die einzige Möglichkeit übrig, daß der Wille des Fahrlässigen auf die Handlung als äußere Tätigkeit, auf die Körperbewegung als solche, gerichtet ist. Von einer Verwirklichung eines Willens können wir aber im Sinne Belings nicht reden. Wohl aber können wir von einer Verwirklichung eines Willens, von einem Erfolge der Fahrlässigkeit, in dem Sinne sprechen, daß die Verwirklichung des Willens, der Erfolg der Fahrlässigkeit, in der bewußten äußeren Tätigkeit des Handelns besteht, aber verschieden ist von der Folge dieses Handelns, der fahrlässigen, nicht gewollten Tat, die keinen Erfolg darstellt, weil ein Erfolg gewollt sein muß. „Bei fahrlässigen Handlungen ist der Willensinhalt in bezug auf den Erfolg gleich Null. Der Wille ist ein unbeschriebenes Blatt. Der Wille war blind, er ist vom Erfolg überlistet.“ [1])

2. Des weiteren sagt Beling, der Wille des fahrlässig Handelnden könne so gut wie der Wille zu vorsätzlicher Tat von einem anderen hervorgerufen sein.

Gewiß, wer einen anderen zu einer Handlung ver-

[1]) Beling, Strafrechtl. Abhandl. Bd. 3 1908: „Wille und Erfolg“, von Karl Klee.

anlaßt, der bewirkt, daß der andere sich seiner Tätigkeit bewußt ist; denn erst das ist Handlung. Dies trifft auch beim fahrlässig Handelnden zu. Fahrlässigkeit, d. h. den Willen der Körperbewegung ohne das Bewußtsein ihrer Folgen hervorrufen kann man in dem Sinne, daß man Gelegenheit bietet, die eine Fahrlässigkeit als wahrscheinlich erhoffen läßt, m. a. W.: man kann zur Fahrlässigkeit veranlassen. Aber das Hervorrufen dieses Bewußtseins einer Tätigkeit genügt nicht zum Begriffe der Anstiftung. Denn das Gesetz fordert nicht ein bloßes Hervorrufen oder gar nur Veranlassen, sondern ein Bestimmen. Wer aber bestimmt ist, muß wissen, daß er bestimmt ist. Weiß er dies nicht, so ist er in Wahrheit nicht bestimmt, er ist nur veranlaßt, es ist auf ihn eingewirkt. Aus dem Wissen des Bestimmtseins folgt notwendig das Wissen dessen, wozu man bestimmt ist. Weiß aber der Angestiftete, daß die von ihm zu begehende Handlung eine fahrlässige sein soll — und dieses müßte er wissen, damit überhaupt von einer Anstiftung die Rede sein kann —, so ist durch dieses Wissen der Charakter der Fahrlässigkeit beseitigt. Eine Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ist demnach ausgeschlossen.

3. Beling sagt, die Argumentation vertausche per saltum Willen und Vorsatz.

Der Wille des Fahrlässigen hat hier völlig auszuscheiden, denn es handelt sich um ein Wollen des Erfolges. Ob aber das Wollen des Erfolges und der Vor-

satz Begriffe sind, deren Verwechslung einen Saltus bedeutet, soll kurz erörtert werden. Wir finden dabei die willkommene Gelegenheit, Vorstellungs- und Willenstheorie ein wenig zu beleuchten, was auch an sich notwendig wäre, um unsere Darlegung zu einem geschlossenen Ganzen abzurunden. Daß es sich hierbei nur um eine Äußerung unserer bereits gebildeten Ansicht handeln darf, kann nicht zweifelhaft sein. Denn eine Prüfung des Dafür und Dagegen würde weit über den Rahmen dieser Erörterung hinausgehen.

U. E. kann in diesem müßigen Streite nur die Praxis und die Opportunität das Urteil sprechen. Wir sind Anhänger der Willenstheorie, weil wir nach der Vorstellungstheorie den Begriff der Fahrlässigkeit überhaupt streichen müßten. Denn Vorstellen ist ein sehr dehnbarer Begriff, und auf die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Erfolges kann es bei der Frage nach dem Vorhandensein des Vorsatzes nicht ankommen. Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ist unkenntlich, sie existiert nur mehr in der Theorie. Wir würden dazu gelangen, nur da Fahrlässigkeit annehmen zu dürfen, „wo der Erfolg im höchsten Grade unwahrscheinlich ist“.[1]) Es wäre also das Anwendungsgebiet der Fahrlässigkeit identisch mit dem Gebiete der Unmöglichkeit. Dies würde zu großen Härten führen. Denn nicht alles, was vorgestellt ist, muß auch gewollt sein. Und der Wille des Menschen

[1]) Gerichtssaal Bd. 63 S. 137.

muß hier das letzte Wort sprechen, und er spricht es; denn unser Strafrecht ist indeterministisch, legt den Nachdruck auf den Willen des Menschen. Wenn Lucas[1]) in richtiger Erkenntnis der Schwäche der Vorstellungstheorie, um in dieser der Fahrlässigkeit überhaupt ein Gebiet zu verschaffen, verlangt, daß der nur als möglich vorgestellte Erfolg nicht als Vorsatz aufzufassen sei, so ist das einmal wenig schlüssig, andererseits wird das an sich klipp und klare Vorstellungsproblem dadurch zu einem unentwirrbaren, in Kontroversen und Meinungsverschiedenheiten triumphierenden internen Streite. Dagegen wird die Willenstheorie dem Leben und vor allem der Volksseele in hohem Maße gerecht. Die Willenstheorie erfährt ja auch ihre Bestätigung durch das Wort „Vorsatz". „Denn das Wort Vorsatz weist sowohl nach dem gemeinen als dem bisherigen wissenschaftlichen Sprachgebrauche zweifellos auf einen Willensakt, einen Entschluß, nimmermehr auf ein bloßes Wissen oder Kennen hin. Am deutlichsten tritt dies hervor an den verbalen Redewendungen ‚einen Vorsatz fassen' oder ‚sich etwas vorsetzen'."[2]) Demnach ist Wollen des Erfolges und Vorsatz identisch.

[1]) Lucas a. a. O. S. 109/10. Wie übrigens Lucas nach seiner Erklärung, daß der dolus die Tat unter dem Gesichtspunkte der Herbeiführung der letzteren umfasse (S. 103), zur Bestrafung des agent provocateur kommt (S. 103 Anm. 3), ist nicht zu erklären.

[2]) Bierling a. a. O. S. 120 Anm. 14.

V. Einen Anklang an Beling finden wir bei Hermes.[1] Obwohl dieser sich hinsichtlich des Anstifterdolus ausdrücklich zur gemeinen Meinung bekennt,[2] sucht er doch nach einem Wege, der die Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ermöglichen soll. Auch im fahrlässigen Verbrechen werde ein strafrechtswidriger Wille gestraft, welcher zwar nicht auf den verbrecherischen Erfolg gerichtet sei, wohl aber auf die Handlung, aus welcher dieser Erfolg hervorgehe. In Beziehung auf diesen auf die Handlung gerichteten Willen sei sehr wohl eine Gemeinschaftlichkeit des Willens möglich.[3]

Diese Ansicht ist richtig, aber sie beweist nicht, was sie beweisen soll. Wenn Hermes die Wahrheit, an der nichts zu rütteln ist, bekämpft, daß beim fahrlässigen Täter von einer Gemeinschaftlichkeit des Willens mit dem Anstifter keine Rede sein kann, so müssen wir Hermes entgegenhalten, daß seine Gemeinschaftlichkeit des Willens nicht nur nichts gegen die herrschende Ansicht bedeutet, sondern das notwendige Postulat der herrschenden Meinung bildet, dessen sich die Vertreter der gemeinen Meinung längst bewußt waren; denn sonst hätten sie überhaupt nicht von der Fahrlässigkeit, die eine Handlung im Rechtssinne ist, sprechen können. Die Gemeinschaftlichkeit des Willens nach Hermes wird von der gemeinen Meinung als selbstverständlich voraus-

[1] Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen 1878.

[2] Hermes a. a. O. S. 25, 26.

[3] Hermes a. a. O. S. 55.

gesetzt. Aber in der Gemeinsamkeit des Willens einer Körperbewegung besteht doch nicht das Wesen der Anstiftung!

Hermes sagt weiter[1]): „Der Urheber beim fahrlässigen Verbrechen will die Handlung, aus welcher sich der Verbrechenserfolg (müßte u. E. heißen: das Verbrechen als Folge) entwickelt, selbst begehen".

Abgesehen von der irrigen Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft, ist dieser Satz objektiv richtig, bildet aber keine Sanktion für die Anstiftung zum fahrlässigen Delikte, wie Hermes annehmen will. Aus diesem Satze können nur zwei Ansichten abgeleitet werden, die in ihrem Resultate bezüglich der Anstiftung beide unrichtig sind:

1. Entweder erblickt Hermes in der Gemeinschaftlichkeit des Willens der bloßen Körperbewegung das Wesen der Anstiftung, oder

2. Hermes faßt seinen „Verbrechenserfolg" tatsächlich als einen Erfolg im juristischen Sinne auf. Da aber zum Begriffe des Erfolges das Wollen des Erfolges gehört, kann von einer Anstiftung zur Fahrlässigkeit nicht die Rede sein.

VI. Hälschner hat die akzessorische Natur der Anstiftung richtig festgestellt,[2]) bringt aber der lex lata gegenüber die intellektuelle Urheberschaft zur Geltung,

[1]) Hermes a. a. O. S. 56.

[2]) Hälschner a. a. O. S. 398; der gleichen Ansicht Loewenheim S. 24; mit Unrecht gegen ihn Katzenstein S. 186 Anm. 2.

wenn er sagt, daß der Anstifter ebenso wie der Angestiftete das Delikt als ein von ihm verübtes zu verantworten habe.[1])

Demnach hat der Anstifter nach Hälschner Täterdolus; er muß die strafbare Handlung zu verüben „beabsichtigen".[2]) Wenn Korn den Anstifterdolus nach Hälschner, wie es scheint, in dem Sinne deutet, daß die reservatio mentalis des Anstifters den dolus nach der Lehre Hälschners stets ausschließen könne, so hat Korn die „Absicht" Hälschners gründlich mißverstanden. Denn die „Absicht" Hälschners ist das, was wir richtiger Vorsatz nennen: „Im Unterschied von dem ausführenden Wollen und dem, was sich aus ihm wirklich ergab, bezeichnet also Absicht ein rein Inneres, das, was gewollt als das herbeizuführende tatsächliche Ergebnis der gewollten Bewegung vorhergesehen wird".[3]) Aber mit der „Absicht" Hälschners scheint seine Bemerkung[4]) nicht im Einklange zu stehen, der Wortlaut des § 48 sei der Annahme einer Anstiftung zum fahrlässigen Delikte nicht entgegen, zumal Hälschner doch als Angestifteten den bezeichnete, der die strafbare Handlung vorsätzlich verübte.[5]) Dem ist nicht so, denn diese Äußerung Hälschners ist absolut äußerlich aufzu-

[1]) Hälschner a. a. O. S. 402.
[2]) Hälschner a. a. O. S. 393, 394, 402.
[3]) Hälschner a. a. O. S. 190.
[4]) Hälschner a. a. O. S. 446.
[5]) Hälschner a. a. O. S. 390.

fassen. Der Wortlaut des § 48 rein äußerlich als Wortlaut betrachtet stehe der Anstiftung zum fahrlässigen Delikt nicht entgegen. Daß Hälschner dies nur sagen wollte, geht hervor, wenn er bemerkt[1]): „Wer in der Absicht, den vorhergesehenen Erfolg herbeizuführen, den fahrlässig Handelnden zu seiner Tätigkeit bestimmt, hat den Erfolg als einen vorsätzlich verursachten zu verantworten, und zwar im Sinne des Gesetzes, obwohl er sich auf die psychische Einwirkung beschränkte, nicht als Anstifter, sondern als Täter, der sich des fahrlässig Handelnden als seines Werkzeuges bediente".

§ 8.

Die Möglichkeit der Anstiftung zum fahrlässigen Delikte nach Berner, Herzog, v. Wächter, Weinberg und Bintz.

Der letzte Platz in der Besprechung der Literatur sei der Gruppe derjenigen Autoren gewidmet, die zwar insgesamt die Anstiftung zum fahrlässigen Delikte vertreten, u. E. aber gar nicht erkannt haben, wie diese Anstiftung beschaffen sein müßte, wenn es eine solche gäbe. Es sind dies Berner, Herzog, v. Wächter, Weinberg und Bintz. Dies sind Namen, die wir nennen können, weil sie ihre Ansicht in der Literatur kundgetan haben; aber es dürfte dieser Gruppe bei weitem die Mehrzahl derer anzureihen sein, die von der An-

[1]) Hälschner ebenda.

stiftung zum fahrlässigen Delikte als einem denkbaren Begriffe reden.

Wenn es nach dem Strafgesetzbuch eine Anstiftung zum kulposen Verbrechen gäbe, so wäre das nur so möglich, daß das Verbrechen, zu dem angestiftet ist, sich von vornherein als ein kulposes darstellt. Das beste Beispiel wäre die „Anstiftung" zum Falscheide. Die Tat des Angestifteten müßte sich von Anfang an als eine fahrlässige kennzeichnen.

Die oben genannten Autoren indes haben insgesamt Fälle im Auge, bei denen der dolus des Angestifteten auf eine fest bestimmte und gewollte Tat, zu welcher der Anstifter im juristisch-technischen Sinne des § 48 angestiftet hat, gerichtet ist, dann jedoch nicht bis zur Erreichung des vorgesetzten Erfolges fortdauert, sondern durch die Fahrlässigkeit, die dann zu einer bloßen Folge, dem fahrlässigen Delikte, führt, ersetzt wird. Sie verwechseln die Begehung der Handlung, zu welcher im juristisch-technischen Sinne angestiftet ist, mit den fahrlässig herbeigeführten Folgen der vorsätzlichen Handlung!

Dies sei an ihren Beispielen dargelegt.

Berner[1]) und Herzog[2]) stimmen wörtlich überein: Anstiftung zu einem schnellen Fahren, wodurch eine Körperverletzung herbeigeführt wird.

---

[1]) Berner, Lehrb. S. 159.

[2]) Herzog im Gerichtssaal Bd. 28 S. 322.

Wir haben hier zwei Delikte auseinander zu halten:

1. das schnelle Fahren (§ 366 Ziff. 2 RStGB.);
2. die Körperverletzung (§§ 223, 230 RStGB.).

Eine Anstiftung liegt nur zum schnellen Fahren vor. Dies wollte der Anstifter und der Fuhrmann. Hier endet die Anstiftung. Zur Körperverletzung ist der Fuhrmann vom Anstifter veranlaßt worden durch das Bestimmen zu schnellem Fahren, keineswegs ist er bestimmt[1]) worden zur fahrlässigen Körperverletzung.

Wollte der Anstifter die Körperverletzung nicht, so ist er als Anstifter zum schnellen Fahren (§§ 366 Ziff. 2, 48 Abs. 2) in Idealkonkurrenz mit § 230 StGB. zu strafen.

Wollte der Anstifter die Körperverletzung, so ist er als Anstifter zum schnellen Fahren (§§ 366 Ziff. 2, 48 Abs. 2) in Idealkonkurrenz mit vorsätzlicher Täterschaft (§ 223) verantwortlich.

Selbst wenn auch der Fuhrmann die Verletzung wollte, der Anstifter aber, der zwar die Verletzung beabsichtigte, den Fuhrmann nur zum schnellen Fahren bestimmte, so ist dieser, wofern diese seine Absicht

---

[1]) Unrichtig ist die Entscheidung des preuß. OTr. v. 24. 2. 1860, mitgeteilt in Goltdammers Arch. Bd. 8 S. 205 ff. hinsichtlich der Rechtfertigung der Bestrafung des Anstifters zum fahrlässigen Delikt: „Die Frage ist nach den Regeln über die Haftbarkeit des Anstifters für den Exzeß des Täters zu entscheiden". Von einem Exzeß kann nur bei vorsätzlichen Delikten die Rede sein.

dem Fuhrmann nicht erkennbar war, u. E. nicht unter den Gesichtspunkt der Anstiftung zur Körperverletzung strafbar. Man wird hier mit Recht von einem Exzeß des Fuhrmanns sprechen, den „Anstifter“ aber als Anstifter zum schnellen Fahren in Idealkonkurrenz mit vorsätzlicher Täterschaft (§ 223) strafen.

Auch das Beispiel v. Wächters,[1]) der übrigens seiner Auffassung gemäß (als intellektuelle Urheberschaft)[2]) nie zu einem solchen Resultate kommen durfte, gehört hierher.

N stiftet den O an, ein gefährliches Feuer neben dem Hause des P zu machen, durch welches das Haus ergriffen wird.

Es sind zwei Delikte zu unterscheiden:

1. die Anstiftung zum Anlegen des Feuers (§§ 368 Ziff. 6, 48);

2. die Herbeiführung des Brandes (§§ 306—309).

Ist die Gefährlichkeit des Feuers eine objektive, so ist der „Anstifter“ als Anstifter zum Anlegen des Feuers verantwortlich (§ 368 Ziff. 6) in Idealkonkurrenz mit § 309 StGB.

Ist N sich der Gefährlichkeit des Feuers bewußt, so ist er als Anstifter zum Anlegen des Feuers in Idealkonkurrenz mit §§ 306—308 je nach Lage des

---

[1]) v. Wächter, Deutsches Strafrecht (Vorlesungen) S. 255 Anm. 2.

[2]) v. Wächter a. a. O. S. 256.

Falles als Selbsttäter verantwortlich. Auch dolus eventualis reicht aus.[1])

In jedem Falle ist der „Anstifter" nur Verursacher der fahrlässigen Tat.

Bei keinem Autor aber ist die Unklarheit der Vorstellung so handgreiflich wie bei Weinberg. Er führt folgendes Beispiel an[2]): „Ein Mühlenbesitzer hatte seinen Mühlenknappen beauftragt, in der Radstube ein Feuer anzuzünden, um dadurch das eingefrorene Mühlenrad aufzutauen. Durch das Feuer wurden die Mühle und benachbarte Gebäude in Brand gesteckt. Weinberg fragt sich tatsächlich allen Ernstes: „Hat nicht in diesem Falle der Mühlenbesitzer den Knappen angestiftet, die erforderliche Umsicht nicht anzuwenden?"

Dieser Fall ist um so interessanter, als die durch den Mühlenbesitzer dem Knappen aufgetragene Tätigkeit, wofern sie in vernünftigen Grenzen gehalten ist, strafrechtlich durchaus indifferent ist.

Als ob jeder Mensch, der zur Verrichtung einer Arbeit bestellt wird, dadurch auch gleichzeitig angestiftet wird zu einer bei jeder Arbeit denkbaren und möglicherweise künftig eintretenden Fahrlässigkeit. Freilich nach Weinberg ist die Welt voll von „Anstiftern" und „Angestifteten"; denn jedes Geschäft ist Anstiftung, zumal Weinberg[3]) auch nicht einmal die Kenntnis des „An-

[1]) Lucas a. a. O. S. 104; v. Schwarze S. 130.

[2]) Weinberg a. a. O. S. 64ff.

[3]) Weinberg a. a. O. S. 67.

gestifteten“ von dem Bestimmtsein fordert. Eine Argumentation, die so offensichtlich die Begriffe „Anstiften“, „Veranlassen“, „Verursachen“ durcheinander wirft, erledigt sich durch sich selbst.

Eine eigene, in der ganzen Anstiftungslehre von ihm allein vertretene Meinung hat Bintz.[1])

Er nimmt eine Teilung vor und straft als Anstifter:

1. wer einen anderen vorsätzlich zu einem von diesem begangenen Delikte bestimmt hat;

2. wer einen anderen vorsätzlich zu einer Handlung bestimmt, die vermöge der Fahrlässigkeit beider einen rechtswidrigen Erfolg hat.

Nr. 1 entspricht dem Gesetze, Nr. 2 nicht. Nachdem Bintz auf derselben Seite 22 unter vorsätzlicher Bestimmung eines anderen versteht „lediglich eine solche bewußte und gewollte Beeinflussung des Willens eines anderen, daß dieser, hierdurch veranlaßt, die vom Anstiftenden gewollte Handlung vornimmt“, hätte man den Satz Nr. 2 nicht erwarten sollen. Was läßt Bintz überhaupt noch vom Vorsatz übrig? Nichts als den Willen der eigenen Körperbewegung. Dies nennen wir Bewußtsein, nicht Vorsatz. Ob Willenstheorie, ob Vorstellungstheorie, darin stimmen beide überein, daß der Vorsatz ein bewußtes Verhältnis zum Erfolge darstellt, mag dieser gewollt oder bloß vorgestellt sein. Wenn Bintz in Verfolg seiner Anschauung, weder der Anstifter noch der Angestiftete brauchten den Erfolg vorauszusehen, ge-

[1]) Bintz a. a. O. S. 22ff.

schweige denn zu wollen, die Frage bejaht, „ob strafbare Anstiftung dort anzunehmen ist, wo jemand einen anderen zu einer Handlung vorsätzlich veranlaßt, welche einen strafbaren Erfolg nach sich zieht (!), den Anstifter sowohl wie Täter bei Anwendung der nötigen Aufmerksamkeit hätten voraussehen sollen", so stellt sich Bintz, der Weinberg sehr nahe kommt, in die Reihe derer, die eine Anstiftung zum kulposen Delikte, wenn es eine solche gäbe, gründlich verkannt haben.

Der Fehler dieser Autoren liegt darin, daß sie den Erfolg nicht sondern von den Folgen. Der Anstiftung ist wesentlich ein Erfolg, keine Folge; das beweist der Vorsatz des Anstifters. Demnach ist es unzulässig, die eventuellen Folgen des Erfolges der Anstiftung, die im Verhältnis zu der Anstiftung nur als durch sie veranlaßt, verursacht gelten können, mit unter den Begriff des Erfolges der Anstiftung zu stellen.

§ 9.

Die Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ist ein logischer Widersinn.

Nicht ohne Interesse dürfte es sein, losgelöst von jeglicher Gesetzesbestimmung, an der Hand der beiden Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit eine Lösung unserer Frage zu suchen.

Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Willensfehler.

Vorsatz ist bewußter Wille eines Erfolges; ein

Willensfehler, weil der Erfolg in der menschlichen Gesellschaft verpönt ist.

Fahrlässigkeit ist bewußter Wille einer Körperbewegung, unbewußter Wille hinsichtlich der Folgen dieser Körperbewegung; ein Willensfehler, weil die durch Mangel an Umsicht und Sorgfalt herbeigeführte Folge verpönt ist.

I. Es sei zunächst der Vorsatz ins Auge gefaßt.

Der Anstifter hat Vorsatz, d. h. er will den Erfolg, der verpönt ist. Verpönt ist aber sowohl die Tätigkeit des Anstifters, das Bestimmen, als insbesondere die Tat. Beides will demnach der Anstifter, da beides erst den Erfolg ausmacht. Von Erfolg kann aber nur da die Rede sein, wo der Wille das Ziel der Körperbewegung will. Alles andere sind nur Folgen dieser Körperbewegung, die zum Erfolge eben erst dadurch werden, daß sie gewollt sind. Die Folge hat nur ein objektives Moment in sich, beim Erfolge kommt das subjektive Moment des Willens hinzu. Wo dieses subjektive Moment fehlt,sind nur Folgen vorhanden. So ist es aber bei der Fahrlässigkeit, deren Wesen in Folgen besteht. Der Vorsatz ist auf einen Erfolg gerichtet, also darauf, daß dieser vorschwebende Erfolg auch als Erfolg verwirklicht werde. Eine vorsätzliche Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ist demnach ausgeschlossen.

II. Unbewußter Wille hinsichtlich der Folgen der bewußten Körperbewegung ist das Wesen der Fahrlässigkeit.

Ein unbewußter Wille ist kein Wille, der Fahr-

lässige darf also hinsichtlich der Folgen seiner Handlung keinen Willen haben, also auch nicht hinsichtlich der Entstehung dieser Folgen. Da aber die Folgen das Wesen der Fahrlässigkeit überhaupt ausmachen, die Fahrlässigkeit ohne Wissen und Willen des Handelnden entsteht, ist die Fahrlässigkeit ein dem Willen des Handelnden höchstpersönlich unterlaufener Fehler.

Der Anstifter jedoch, der bestimmen will, muß wissen, wozu er bestimmen will. Daß jemand einen dem anderen höchstpersönlich unterlaufenden Willensfehler begehren, wünschen, erhoffen kann, ist selbstverständlich. Zu einem solchen Willensfehler bestimmen ist ein Ding der Unmöglichkeit, da der Bestimmende den Fehler, weil er ein höchstpersönlicher, ungewollter des Handelnden ist, im Sinne des Vorsatzes nicht wollen kann. Auch hier finden wir demnach unsere Anschauung bestätigt: die Anstiftung zum fahrlässigen Delikte ist ein logischer Widersinn.

Wenn Borchert aus dem Wesen der Begriffe das Gegenteil folgert, so erklärt sich dies daraus, daß Borchert mit fertigen Begriffen arbeitet, ohne den Werdegang dieser Begriffe zu berücksichtigen.

§ 10.

Bemerkungen de lege ferenda.

Wir stehen am Ende unserer Erörterung. Erfüllt es uns mit Genugtuung, daß die Gesetzgebung mit der strengen Logik Hand in Hand gegangen ist, wobei wir

uns wohl bewußt bleiben der Wahrheit der Worte Birkmeyers,[1]) daß selbst der etwa von der Philosophie oder der Naturwissenschaft geführte Beweis von der Unrichtigkeit des Dogmas jenen Bestimmungen nach dem Satze: cessante ratione legis non cessat lex ipsa kein Jota von ihrer verbindlichen Kraft rauben dürfe, so kann uns unser Ergebnis bei der Frage der Strafe des „Anstifters“ nicht voll befriedigen.

Unter dem Gesichtspunkte der Anstiftung des § 48 RStGB. läßt sich die Bestrafung des Pseudoanstifters zum fahrlässigen Delikte nicht rechtfertigen, wie gern wir ihm die Strafe gönnen. Unsere Gegner strafen so. Doch strafen wegen eines Deliktes, das ein logischer Widersinn ist, bleibt allzeit ein traurig Ding, wird ein Fehler, wenn das Gesetz sich diesen Widerspruch der Logik nicht zu eigen gemacht hat.

Eine Bestrafung unseres „Anstifters“ unter der Kategorie der Beihilfe bliebe hinter dem Maß der Verwerflichkeit einer solchen Handlungsweise zu weit zurück. Nicht das Maß der Strafe des § 49 RStGB. entscheidet hierbei in letzter Linie, sondern, wie wir besonders betonen, der Umstand, daß der Begriff der Beihilfe nicht jenen ausgeprägten Charakter der Bosheit in sich trägt, der dem Verhalten unseres „Anstifters“ eigen ist.

Wir stehen vor einer Lücke des Gesetzes. Das ist bedauerlich, aber schlimmer wäre es, wenn ein Verstoß der Logik heiliger Wille des Gesetzes wäre

[1]) Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme S. 118.

Juristisch wird sich nichts dagegen einwenden lassen, wenn wir diese Lücke so ausfüllen, daß wir den Pseudoanstifter als Selbsttäter strafen. Sehr richtig bemerkt Binding[1]): „Dem Gesetzbuche das Erfordernis der Eigenhändigkeit verbrecherischen Handelns für die Täterschaft unterzulegen, hieße nicht nur eine bedeutende geschichtliche Entwicklung von Jahrhunderten ignorieren, sondern seine eigene Auffassung verkennen". Zwar bedient sich der „Anstifter" des fahrlässigen Täters, um den wenig glücklichen Ausdruck zu gebrauchen, nicht als seines Werkzeugs. Denn davon können wir nur dort sprechen, wo ein Wille des Täters überhaupt nicht vorhanden ist. Der Fahrlässige hat einen Willen, mag er auch recht schwach sein. Die Fahrlässigkeit ist ein Fehler des Willens, kein Fehlen des Willens. Denn die Tätigkeit des Fahrlässigen ist eine Handlung im Rechtssinne. Besser treffen wir das Wesen dieser Selbsttäterschaft, wenn wir den Täter als das Opfer des Selbsttäters bezeichnen, wodurch wir den „Anstifter" zugleich in seiner ganzen Bosheit offenbaren.

Aber andere Bedenken sprechen gegen die Auffassung der Anstiftung als mittelbarer Täterschaft auch in diesem Falle.

Der Begriff der Selbsttäterschaft wird in der Volksseele nie heimisch werden. Mag in der Strafe zwischen dem Anstifter und dem Selbsttäter kein Unterschied

---

[1]) Binding im Gerichtssaal Bd. 71 S. 8/9.

bestehen, mag der Jurist sich leicht an diesen Ersatz gewöhnen, die Volksmeinung verlangt in richtiger psychologisch-ethischer Würdigung eine Bestrafung des Anstifters als Anstifter. Denn die Volksseele haßt weit mehr jenen Anstifter, den sie sich als einen mystisch wirkenden Gesellen malt, als den offenen Täter des Verbrechens. Die Norm „Du sollst andere nicht in Schuld und Strafe führen, du sollst die Schwächen deines Bruders nicht zur Hülle deiner eigenen Bosheit machen“ ist tief in die Seele des Volkes eingeschrieben. Und völlig mit Recht aus dem Gesichtspunkte der Ethik, die die Wurzel der Volksmeinung ist. Denn der Anstifter, der als Schöpfer des verbrecherischen Entschlusses zwei Menschen zu Verbrechern brandmarkt, ist sittlich schuldiger als der Täter, da er eben, um mit Binding[1]) zu sprechen, „zur Vermehrung der Verbrechenstäter beigetragen hat“. Wenn freilich in unserem Falle von einer „Anstiftung“ nicht gesprochen werden kann, so wird man diese feine Unterscheidung zur Erkenntnis der Volksmeinung nicht machen können. Aber gerechter wird man der Psychologie des Volkes werden, wenn man unsere „Anstiftung“ zu einem dem Volksmunde gleichen Begriffe der „Verleitung“ macht.

Und nicht zum letzten aus dem Grunde, daß der Richter, der die Unmöglichkeit einer Anstiftung zum fahrlässigen Delikte richtig erkennt, leicht dazu geneigt sein dürfte, aus dem Gesichtspunkte intellektueller Bei-

[1]) Binding im Gerichtssaal Bd. 71 S. 18.

hilfe zu strafen, dürfte es sich de lege ferenda empfehlen, diese Pseudoanstiftung unter dem logisch richtigeren Titel einer „Verleitung zum fahrlässigen Delikte“ als ein delictum sui generis unter Strafe zu stellen.

Daß unsere Gegner aus dem Labyrinth der Widersprüche sich de lege ferenda herausretten wollen zur Auffassung der Anstiftung als mittelbarer Täterschaft, „zu der allein wissenschaftlich begründeten und praktisch brauchbaren Anschauung“,[1]) ist zu verstehen. Wenn die Anstiftung des Reichsstrafgesetzbuchs wirklich jenes nur durch den Zwang des Gesetzes zusammengehaltene, von Widersprüchen strotzende Kunstgebäude wäre, hätte sie keine Existenzberechtigung. Doch die Anstiftung des Reichsstrafgesetzbuchs als eine Teilnahmehandlung an der Haupttat stellt sich als ein Produkt des Lebens dar, wofern nur ihre Grundlage, die Kausalität, richtig erkannt ist. „Der Widersinn liegt nicht im Gesetz, das den Wahrheiten des Lebens sich anschmiegt, er liegt in den Auslegungen, mit denen man es bearbeitet hat.“ [2])

[1]) Loewenheim a. a. O. S. 5.

[2]) Coenders a. a. O. S. 236 Anm.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 29. Mai 1889 wurde ich, Anton Carl Kuhnigk, zu Guttstadt, Kreis Heilsberg, Ostpreußen, als Sohn des Kaufmanns August Kuhnigk und seiner Ehefrau Catharina geb. Liedig geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Ostern 1900 bezog ich das Kgl. Gymnasium zu Rössel, Kreis Rössel, Ostpreußen, welches ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Sodann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in Freiburg i. B., Tübingen und Breslau.

Am 17. November 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 9. Dezember 1910 die mündliche Doktorprüfung. Zur praktischen Ausbildung bin ich dem Amtsgericht zu Heilsberg überwiesen.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Professor Dr. Gretener für seine gütige Mühewaltung.